

ANÁLISIS AL PROYECTO DE LEY 148/16 SENADO

El Proyecto de Ley No. 148 de 2016 Senado “*Por medio del cual se modifican la Ley 1709 de 2014, algunas disposiciones del Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código Penitenciario y Carcelario, el Código de Infancia y Adolescencia, la Ley 1121 de 2006 y se dictan otras disposiciones*”, fue radicado en el Senado de la República, el 20 de septiembre de 2016 y publicado en la Gaceta Oficial N°786/16. Los autores son, el Ministro de Justicia y del Derecho, el Senador Manuel Enríquez Rosero del Partido de la U, y los Representantes a la Cámara Víctor Correa Vélez del Polo Democrático, y José Neftalí Santos del Partido Liberal. Actualmente el proyecto de ley se encuentra pendiente de primer debate en Comisión Primera Constitucional Permanente. La mesa directiva de la Comisión designó como ponente, al Senador Manuel Enríquez Rosero, coautor de la iniciativa.

El proyecto tiene como objetivo reformar la política criminal y, enfrentar el problema estructural de hacinamiento del sistema carcelario y penitenciario. “*como uno más de los mecanismos que se ha puesto en marcha con el objetivo de superar el estado de cosas inconstitucional en las prisiones*”¹. Con este objetivo el proyecto plantea tres tipos de reformas: i) aquellas necesarias para el mejoramiento del sistema penitenciario y carcelario, ii) algunas reformas al código penal y ii) aquellas necesarias para el fortalecimiento institucional. Entre las proposiciones para la optimización del sistema penitenciario y carcelario, se estipula la armonización de medidas alternativas al encarcelamiento, a través de la modificación al régimen de exclusión de los subrogados y beneficios administrativos, la reorganización de la progresividad de las medidas alternativas al encarcelamiento en la ejecución de la pena, la reducción de los efectos de la inflación punitiva en el acceso a las medidas alternativas a la prisión, y el fortalecimiento de los enfoques diferenciales.

El análisis que presentamos se basa en la ponencia para primer debate, y se concentra en los aspectos de alternativas al encarcelamiento para mujeres que en condición de vulnerabilidad socioeconómica han cometido delitos no violentos de drogas. De allí que hagamos referencia de manera particular a las propuestas de modificación de los subrogados penales y su incidencia frente a las conductas tipificadas dentro del denominado capítulo sobre “tráfico de estupefacientes y otras infracciones”, y en especial frente a la necesidad de garantizar la aplicación del enfoque de género en dichas modificaciones propuestas. Para ello se desarrollarán los siguientes apartados: (i) Alcance de la modificación de los subrogados que pueden tener una relación con las conductas delictivas relacionadas con el tráfico de estupefacientes contempladas en el proyecto de ley, (ii) Fundamento de los subrogados penales, (iii) Importancia de los subrogados para el

¹ Ver exposición de motivos del mencionado proyecto de ley.

tratamiento de las mujeres en situación de vulnerabilidad socioeconómica, que tienen bajo cuidado otras personas, que no participaron en delitos violentos condenadas por delitos relacionados con el tráfico, (iv) la no aplicación de subrogados no ha sido garantía de prevención, deben implementarse mecanismos que aborden el problema de manera estructural, y (v) la valoración de las medidas contempladas en la propuesta normativa en discusión.

(i) Alcance de la modificación de los subrogados que tienen relación con las conductas delictivas relacionadas con el tráfico de estupefacientes

A continuación, nos referiremos a las modificaciones propuestas dentro del proyecto de ley en discusión, en relación a la aplicación de la prisión domiciliaria, suspensión de la ejecución de la pena, la libertad condicional, el régimen especial para subrogados y permisos penitenciarios, y sustitución de la detención preventiva.

a. Régimen especial para subrogados y permisos penitenciarios. (Art. 68A CP)

Actualmente, este artículo niega la suspensión de la ejecución de la pena, la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, y el acceso a beneficios judiciales o administrativos, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, a todos los delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes del capítulo II del Título XIII. No obstante, la libertad condicional es aplicada a dichas conductas punibles.

La propuesta del legislador, de acuerdo a la ponencia, busca garantizar que los autores de delitos más graves contra la libertad y garantías individuales, como es el caso de los delitos de tráfico de estupefacientes, no puedan acceder a la prisión domiciliaria, ni a la suspensión de la ejecución de la pena.

Sin embargo, para el caso de quienes hayan sido condenados por conservación o financiación de plantaciones (Art. 375), operarán tanto la ejecución de la pena privativa de la libertad en lugar de residencia o morada del condenado (Ver Art. 38G), como la libertad condicional (Art. 64), siempre y cuando la persona haya cumplido un cinco por ciento (5%) adicional de la pena que el requerido en esas normas. De igual manera, los permisos penitenciarios contemplados en los artículos 146A y siguientes del Código Penitenciario y Carcelario, sólo se podrán otorgar aumentándoles el diez por ciento (10%) del tiempo exigido de cumplimiento de la pena para su concesión.

Respecto a quienes hayan incurrido en las conductas de fabricación o porte de estupefacientes contemplado en el inciso 1 del artículo 376 del Código Penal², de tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos contenida en el artículo 382 del Código

² Cabe resaltar que las penas contempladas en el inciso 1 responden a “altas cantidades”, por lo que la pena estipulada es más alta que en los otros dos incisos del art. 376 CP.

Penal, y en cualquier delito de narcotráfico agravado conforme a las causales del artículo 384 del Código Penal, se mantiene la prohibición de acceso a prisión domiciliaria y a la suspensión de la ejecución de la pena, pero pueden beneficiarse de la libertad condicional de acuerdo al parágrafo 1°.

b. Prisión domiciliaria. (Art. 38B CP)

Para conceder la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, el artículo 1 de la ponencia, además de las obligaciones garantizadas mediante caución, exige que la sentencia se imponga a delitos con penas menores a diez (10) años de prisión o por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de diez (10) años de prisión o menos. Hoy en día, se concede esta medida únicamente por conductas cuya pena mínima prevista sea de ocho (8) años de prisión o menos.

En lo que respecta a los delitos contemplados en el capítulo II del Título XIII, tráfico de estupefacientes, estos podrían beneficiarse de la medida, puesto que las penas mínimas contempladas en la ley, oscilan entre 8 a 10 años. Sin embargo, el mismo artículo excluye de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, los delitos de conservación o financiación de plantaciones (375), tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (inciso 1° 376), y tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos (382), puesto que estos hacen parte de la lista de delitos excluidos del régimen especial para subrogados y beneficios penitenciarios, contemplados en el artículo 68A del CP, artículo que si bien se reforma, continúa excluyendo de la prisión domiciliaria estos delitos.

c. Suspensión de la ejecución de la pena (Art. 63 CP)

El artículo 6 del proyecto es el único artículo que señala y otorga de manera específica, un beneficio judicial a las mujeres (e incluso a hombres que se encuentren en una situación asimilable) que incurrir en las conductas de conservación o financiación de plantaciones (art. 375 CP), tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (376) y destinación ilícita de bienes muebles e inmuebles (377). El artículo consagra en este caso, el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena, aún, si no se cumple el mínimo exigido para otorgar la medida.

Es de anotar que, la suspensión se aplicará siempre y cuando se demuestre que la comisión del delito está asociada a “*condiciones de marginalidad y/o necesidades de manutención del hogar*”, y carezcan de antecedentes penales por delito doloso. Sin embargo, esta medida no se aplicará si la beneficiada reincide en estos comportamientos dentro de los 5 años siguientes “*a los hechos que dieron lugar a su reconocimiento*”, o cuando existan concurso con conductas punibles distintas a las enunciadas en el párrafo precedente.

Se establece igualmente que, durante los seis meses siguientes a la entrada en vigencia de esta disposición, el INPEC, con el apoyo de la Defensoría del Pueblo, remitirá a los jueces de ejecución de penas la documentación necesaria para adelantar de oficio, la aplicación por favorabilidad a las mujeres condenadas por los delitos señalados. También, se deberán constituir las medidas y políticas necesarias para la inserción social y laboral de estas mujeres, por parte del INPEC, el Ministerio de Trabajo y el Ministerio de Educación.

Adicionalmente, el artículo contempla que, para acceder a tal beneficio, podrá incluir la obligación al condenado a participar en programas de justicia restaurativa propuestos por la víctima, la fiscalía o él [ella] mismo[a] a través de su defensor.

d. Libertad condicional. (Art. 64 CP)

El Proyecto de Ley en su artículo 7, reconoce el derecho a la libertad condicional de la persona condenada a pena privativa de la libertad, cuando la persona haya cumplido el 55% de la condena (actualmente, se exige el cumplimiento de las 3/5 partes de la pena, lo que representa un 60%), demuestre vínculos sociales y familiares, y, que, de acuerdo a su comportamiento y desempeño, se entienda que no hay necesidad de continuar ejecutando la pena.

No obstante, y como novedad, se establece que tratándose de delitos como conservación o financiación de plantaciones (375), tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (376), tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos (382), se exigirá el cumplimiento de las 3/5 partes, es decir el 60%, ya que estas conductas punibles hacen parte de la lista de delitos excluidos del régimen especial para subrogados y permisos penitenciarios (Ver art.68A). Actualmente, tal y como está señalado en el Código Penal, se entiende que todos los delitos tendrían acceso a la libertad condicional, sin ningún tipo de aumento en la exigencia de cumplimiento de pena.

De otra parte, se incorpora que la medida podrá estar supeditada, sea, a la reparación a la víctima, al pago de la indemnización, o a la participación con la víctima en programas de justicia restaurativa. De optarse por esta última, su cumplimiento será obligatorio para seguir disfrutando de la medida.

Como se remarca, aunque este artículo contempla algunos de las conductas punibles descritas en el capítulo II “tráfico de estupefacientes”, este no establece de manera específica un tratamiento penal diferenciado a las mujeres traficantes.

e. Sustitución de la detención preventiva. (Art. 314 CPP)

El artículo 12 del proyecto señala que, serán beneficiarios de la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario, los imputados o acusados que superen los 60 años

de edad, siempre y cuando su personalidad, naturaleza y modalidad de delito lo hagan aconsejable. Actualmente, acceden a esta medida, quienes tengan más de 65 años.

En cuanto a las mujeres en estado de embarazo, la propuesta establece que procederá la medida cuando le falten tres meses (hoy está en dos meses) o menos para el parto y hasta los seis meses después del nacimiento. La principal diferencia radica en que tal como lo establece actualmente la norma, se entendían separados esos dos momentos: parto y posterior al parto a efectos de demandar la sustitución de la medida.

La norma establece que procederá esta sustitución, cuando la procesada fuese cabeza de familia de hijo menor de edad o con discapacidad permanente. La propuesta de ponencia, amplía su aplicación cuando bajo su cuidado esté un adulto mayor o una persona que no puede valerse por sí misma. Esta disposición se hace extensiva a los hombres que tengan las mismas cargas.

(ii) Fundamento de los subrogados en el derecho penal

Este apartado i) menciona la relación que existe entre la política criminal y los subrogados penales, ii) ofrece una definición general de los subrogados penales como medidas alternativas a la prisión, iii) señala los principios y objetivos de la aplicación de este tipo de beneficios, iv) menciona de qué manera se han impuesto restricciones a su aplicación a las personas condenadas por delitos de drogas, y finaliza v) haciendo la claridad que eliminar las barreras que se han impuesto para la aplicación de subrogados penales a las mujeres que en situación de vulnerabilidad y pobreza han cometido delitos de drogas, no implica despenalizar o descriminalizar el tráfico de estupefacientes.

De acuerdo con la Corte Constitucional, la política criminal es un “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” (Sentencia T 762 de 2015). A pesar que la sociedad tiene una participación importante en la construcción y puesta en marcha de este conjunto de estrategias, resulta siendo el proceso penal, adelantado por fiscales ante jueces, el acto que materializa la investigación, juzgamiento y la ejecución de las sanciones sobre las personas infractoras de la ley penal. De esta manera, todo el debate alrededor de los beneficios penitenciarios y subrogados penales, se encuentra relacionado con la política criminal y las estrategias que ha implementado el país para luchar contra el crimen. Específicamente, las medidas alternativas al encarcelamiento son uno de los puntos trascendentes de discusión en el Estado de Cosas Inconstitucionales³ (ECI) del sistema penitenciario y carcelario, que ha

³ Existen tres sentencias de ECI sobre el tema penitenciario en Colombia. La primera es la T 153 de 1998, que declaró por primera vez un ECI relacionado principalmente con el hacinamiento y la sobrepoblación en centros de reclusión. La segunda sentencia es la T 388 de 2013, en la que se declaró un nuevo ECI en materia

declarado la Corte Constitucional ante las dificultades de ese sistema de disminuir el hacinamiento y permitir el goce efectivo de derecho a la población privada de la libertad.

En medio de las críticas que ha hecho la Corte Constitucional al carácter reactivo, volátil, incoherente e ineficaz de la política criminal, se ha recordado que las penas compatibles con el ordenamiento jurídico colombiano son aquellas que pretenden la resocialización de la persona condenada, lo que se ha considerado como prevención especial positiva (Sentencia T-718 de 2015), así como aquellas que señala el Código Penal (prevención general, retribución justa y protección al condenado). De lo que se desprende la necesidad de exclusión de las penas crueles, inhumanas y degradantes, las condiciones indignas de encarcelamiento, las sanciones que profundizan las condiciones de vulnerabilidad o marginalidad socioeconómica, e incluso aquellas sanciones que conllevan afectaciones desproporcionadas sobre las personas que han cometido delitos y sus familias.

La Corte Constitucional ha manifestado que la resocialización también se opone a “*todas las condiciones de cumplimiento de la pena que sean desocializadoras*” (Sentencia T 077 de 2015), entendiendo que corresponde al Estado “*proveer los medios y las condiciones que posibiliten las opciones de inserción social de la población reclusa*” (Sentencia C 261 de 1996). A partir de allí, la política criminal debe tener en cuenta que para imponer sanciones debe basarse en los principios de lesividad de la conducta, necesidad de la pena y la progresividad del tratamiento penitenciario, con el objetivo de identificar cuándo una persona debe ir efectivamente a cumplir una pena privativa de la libertad en un establecimiento de reclusión. Los subrogados penales son medidas alternativas al encarcelamiento, dirigidas a las personas que han sido condenadas por la comisión de algún delito, que responden a los principios de necesidad de la sanción penal, lesividad al bien jurídico y progresividad del tratamiento penal.

La *necesidad de la sanción penal* hace referencia a la naturaleza misma del derecho penal como la última herramienta que puede utilizar el Estado para confrontar diferentes fenómenos sociales que considera dañinos. El ejercicio del poder punitivo, y en específico de la privación de la libertad (que es un daño gravísimo sobre el culpable de cualquier delito), sólo debería operar cuando las demás alternativas han fracasado. De esta manera se debe preguntar si, de acuerdo al caso concreto, la reclusión en centro penitenciario es la

carcelaria y penitenciaria, esta vez a partir de los problemas que enfrenta el sistema para garantizar el goce efectivo de derechos a la población presa del en centros de reclusión a cargo del INPEC. Allí ya no se trata sólo de un problema de hacinamiento y sobrepoblación, sino que se involucra, además de hacer un llamado para modificar de fondo la política criminal. Finalmente, la sentencia T 762 de 2015, reiteró el ECI declarado en la T 388 de 2013, caracterizó la política criminal del Estado colombiano como “*desarticulada, reactiva, volátil, incoherente, ineficaz, sin perspectiva de Derechos Humanos y supeditada a la política de seguridad nacional*”.

última alternativa con la que cuenta el Estado para resocializar a la persona que ha cometido un delito o para evitar que en el futuro esta misma persona vuelva a delinquir (Sentencia C-181 de 2016). Cuando se habla de la *lesividad del bien jurídico*, o de antijuridicidad material, se refiere a que la imposición de las sanciones debe responder al daño o puesta en riesgo efectivo de los bienes jurídicos afectados por la conducta. Es decir, el juez puede conceder subrogados penales a quien habiendo sido declarado culpable cometió una conducta que no amerita tratamiento penitenciario debido a que la lesión al bien jurídico no es significativa, de manera que la infracción fue tan leve que bastará la suspensión condicionada de la pena o la prisión domiciliaria para cumplir con los objetivos constitucionales de la sanción. Por último, el tratamiento penitenciario debe responder al *principio de progresividad*, según el cual a mayor tiempo transcurrido en cumplimiento de la sanción el sistema debe permitir mayores libertades. Esto está consagrado en el art. 144 de la Ley 65 de 1993⁴[2], donde se mencionan las fases del tratamiento penitenciario, que opera bajo la gradualidad, donde hay un tránsito de la fase de alta seguridad a la de confianza, en la que comienza a operar la libertad condicional.

De manera general, el objetivo de la aplicación de estos beneficios es mejorar las potencialidades de resocialización del tratamiento penal y de la experiencia de la persona culpable en su paso a través del sistema penitenciario. Para la Corte Constitucional el fundamento que inspira la aplicación de los subrogados es el “*derecho que tiene todo condenado a su resocialización*” (Sentencia C-806 de 2002), en este sentido afirma que la posibilidad de la resocialización se encuentra no en la “*drástica incriminación de la conducta delictiva, sino más bien [en] 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*”(Sentencia C-565 de 1993). Sin embargo, la regulación que existe en la actualidad carece de coherencia, entre otras cosas, debido a la dispersión normativa, la insularidad de las diferentes reformas en la materia y la maximización de uso del derecho punitivo. Esto es especialmente problemático en el juzgamiento e imposición de sanciones por delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes.

La adicción punitiva⁵ que ha rodeado a la política de drogas en Colombia (y en las

⁴ Art. 144: Fases del tratamiento. El sistema del tratamiento progresivo está integrado por las siguientes fases: 1. Observación, diagnóstico y clasificación del interno. 2. Alta seguridad que comprende el período cerrado. 3. Mediana seguridad que comprende el período semiabierto. 4. Mínima seguridad o período abierto. 5. De confianza, que coincidirá con la libertad condicional.

⁵ Este término significa el círculo vicioso en el que los Estados incrementan el uso del derecho penal motivados por la necesidad de mostrar “mano firme” contra el crimen, sin que el incremento de la “mano firme” genere impactos significativos en las estructuras criminales. Entonces la reacción de los Estados frente a los discretos resultados de esta política criminal consiste en incrementar aún más las penas, llevando a los sistemas penitenciarios y carcelarios al límite de la dignidad, sin que los problemas de seguridad asociados al

Américas), ha significado un incremento exponencial de las conductas penalizadas, así como la imposición de penas desproporcionadas que no distinguen el rol de las personas involucradas de diferentes maneras en la comisión de los delitos de drogas. No sólo se trata de una tendencia de crear delitos, sino de usar desmedidamente la prisión preventiva, la imposición de penas elevadas de prisión como única sanción posible y la restricción de beneficios penitenciarios para las personas condenadas por delitos de drogas. En desarrollo de esta política, el segundo inciso del artículo 68A del Código Penal, restringe la aplicación de subrogados penales a quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes. Esto significa, que no pueden recibir la prisión domiciliaria, ni la suspensión de ejecución de la pena. A estas personas, la Ley únicamente les ofrece dos posibilidades para acceder a beneficios. El primero corresponde a la ejecución de la pena privativa de la libertad en la residencia, pero a este beneficio sólo se puede optar cuando ya ha transcurrido la mitad de la pena intramural. Y el segundo beneficio, es la libertad condicional que requiere que la persona haya estado al interior de la prisión al menos 3/5 partes de la condena⁶.

El otorgamiento de subrogados penales, beneficios penitenciarios, o medidas administrativas, no se pueden tomar como una despenalización, y menos como una descriminalización. De acuerdo con un informe de la Comisión Interamericana de Control del Abuso de Drogas (CICAD), que aconsejó a los Estados del hemisferio acoger medidas alternativas al encarcelamiento para delitos menores y no violentos relacionados con el consumo y tráfico de drogas con enfoque de género, la descriminalización de una conducta significa que a pesar, de que una conducta pueda permanecer prohibida, deja de ser considerada como un delito; mientras que la despenalización consiste en dejar de aplicar castigos penales por algunas que continúan siendo prohibidas por la ley penal (CICAD, 2015: 39). De acuerdo con lo mencionado anteriormente, es claro que la reforma que plantea el Proyecto de Ley No. 148 de 2016 Senado, no significa una descriminalización ni una despenalización de las conductas asociadas al tráfico de estupefacientes. Por el contrario, se trata de una medida que, como lo comentamos más adelante, pretende dar un tratamiento penitenciario que minimice los efectos negativos que tiene el encarcelamiento en distintos ámbitos de la vida de las mujeres.

(iii) Importancia de los subrogados para el tratamiento de las mujeres condenadas por delitos relacionados con tráfico

mercado de las drogas se solucionen.

⁶ Una persona condenada por el segundo inciso del art. 376 del Código Penal, debe estar en el centro penitenciario por lo menos 32 meses para optar por ejecución de la pena privativa de la libertad en la residencia, mientras que, para optar por la libertad condicional, la estadía mínima en la prisión es de más de tres años y cuatro meses, sin contabilizar el tiempo que tarde el juez en decidir sobre la solicitud de aplicación del beneficio.

Como lo señala la guía para la reforma de políticas en Colombia: “mujeres, políticas de drogas y encarcelamiento”, de Dejusticia, “[c]ada 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.” Predominantemente, se trata de mujeres cuidadoras y proveedoras, de acuerdo a los roles asignado por la sociedad.

El enfoque punitivo con el cual el estado ha luchado contra las drogas, ha afectado de forma desproporcionada a las mujeres que cumplen las funciones de proveedoras y cuidadoras de sus familias. Lo cual se traduce en que, *“el sistema penal dirige sus esfuerzos de forma desproporcionada contra mujeres con personas a su cargo y que no representan una amenaza para la sociedad, pues no tienen vínculos directos con el mercado de drogas ni han cometido delitos violentos.”*

En Colombia, desde 1991, el número de mujeres encarceladas se ha multiplicado 5.5 veces y que cerca de cinco de cada diez mujeres están en prisión por delitos relacionados con drogas. De ellas, el 93% son madres y el 52% son madres cabeza de hogar; es decir, se trata, en su mayoría, de mujeres que tienen a su cargo el cuidado de sus hijos, pero también la provisión de los recursos básicos para la subsistencia de la familia. Con el fin de encontrar medios y recursos para cuidar y proveer a las personas a su cargo, estas mujeres se insertan en el mercado de drogas realizando tareas de baja remuneración y alto riesgo que no las enriquecen, pero que sí les dan lo necesario para satisfacer las necesidades diarias (Uprimny, Martínez, Cruz, Chaparro & Chaparro, 2016: 15)

La respuesta punitiva del Estado contra estas mujeres, las sitúa a ellas y a sus familias *“en una posición de vulnerabilidad aún mayor de la que tenían antes, dado que las personas a su cargo quedan desprotegidas y sin recursos para satisfacer sus necesidades básicas del día a día.”*, aumentando la pobreza de sus familias y exacerbando las posibilidades de encontrar en el tráfico de estupefacientes, una única manera de satisfacer sus necesidades básicas, de vivir el día a día.

El encarcelamiento sistemático de los eslabones débiles, no soluciona el problema de las drogas, y por el contrario aumenta la precariedad de las condiciones de vida de quienes ingresan al mercado de drogas por su situación de vulnerabilidad económica.

(iv) La no aplicación de subrogados no ha sido garantía de prevención, deben implementarse mecanismos que aborden el problema de manera estructural

Estudios nacionales e internacionales han demostrado que el modelo punitivo que se ha adoptado para responder al problema de las drogas ilícitas no ha sido efectivo para reducir

el tráfico y consumo de drogas, sino que por el contrario ha generado graves impactos a nivel personal y familiar para quienes son procesados por estos delitos, especialmente para las mujeres.

Muestra de la ineficacia de la respuesta punitiva del estado a los temas de drogas - que se materializa en la desproporcionalidad de las sanciones y la no aplicación de subrogados penales- es el incremento que ha tenido el número de mujeres internas en cárceles por delitos de drogas. De acuerdo con el estudio de Dejusticia “Mujeres, Políticas de Drogas y Encarcelamiento” publicado en 2016, entre 2000 y 2015 hubo un incremento en la población femenina en cárceles de por lo menos un 314%. *“Esto ha llevado a que actualmente al menos el 45% de las mujeres internas se encuentre en la cárcel por delitos de drogas, mientras que sólo representan el 7% de la población carcelaria”*⁷.

Considerando que la criminalización y judicialización de las mujeres involucradas en delitos no violentos asociados al tráfico de drogas no ha sido efectiva en el desmantelamiento de los mercados ilegales de drogas y en cambio sí ha generado graves afectaciones para estas mujeres y sus familias, es necesario que el Estado Colombiano adopte medidas preventivas y ofrezca alternativas a la aproximación punitiva que tradicionalmente se ha dado a esta problemática.

En este sentido, la Organización de Estados Americanos, la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de drogas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas y la Comisión Asesora de Política de Drogas, entre otras instancias internacionales, han recomendado que los Estados adopten mecanismos alternativos a la prisión para los delitos de drogas de acuerdo al momento en el que se encuentre el proceso judicial, que para el caso de las personas que ya se encuentran condenadas sería la aplicación de los subrogados penales contemplados en el artículo 68A del Código Penal.

Adicionalmente, es urgente que el Estado Colombiano ponga en marcha políticas y programas de prevención (Por fuera del derecho penal) que tomen en consideración los factores que empujaron a estas mujeres a involucrarse en el mercado de las drogas ilícitas como son la pobreza y la falta de oportunidades. En esa línea, Dejusticia en la Guía “Mujeres, Políticas de Drogas y Encarcelamiento” propone una serie de recomendaciones de política pública de las cuales resaltamos las siguientes⁸:

- El Ministerio del Trabajo, el Ministerio de Comercio y la Consejería para la Equidad

⁷ Uprimny, Rodrigo, et al., *Mujeres, Políticas de Drogas y Encarcelamiento* (Bogotá: Ediciones Antropos, 2016), 44.

⁸ *Ibíd.* Páginas 68 y 69.

de la Mujer, deben promover programas para que esta población pueda *“acceder a oportunidad de formación y empleo en la legalidad y puedan desvincularse de estas redes, bajo la condición de no reincidir y colaborar efectivamente con las autoridades”*.

- “El Ministerio de Trabajo, las Secretarías de Integración Social y el Ministerio de Justicia, deben remover los obstáculos normativos y prácticos para que las entidades territoriales puedan implementar respuestas a personas involucradas o en riesgo de involucrarse en delitos relacionados con drogas, tales como subsidios a su sostenimiento condicionados a la realización de estudios o a vincularse a un empleo en la legalidad, acceso a crédito para emprendimientos, programas de justicia restaurativa, servicios comunitarios, programas culturales, entre otros. Canalizar recursos del presupuesto nacional y de la cooperación internacional para cofinanciar la implementación de estos programas alternativos, sujetos a evaluaciones sobre sus resultados para replicar las experiencias que funcionan en otros lugares. En lugares de alta incidencia de estos delitos autorizar la destinación de recursos de las regalías para implementar esta clase de programas”.
- “El Ministerio de Trabajo, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural deben impulsar proyectos de desarrollo e independencia económica para la reinserción de mujeres a través de actividades productivas en el campo, sobre todo en aquellas zonas donde predomina la plantación de cultivos con fines ilícitos”.
- “El Ministerio de Trabajo deberá reducir las barreras a la reintegración social, erradicando restricciones a la contratación laboral de personas con antecedentes penales por parte de empleadores privados y del Estado. Durante el proceso de entrevistar a postulantes, se debe preguntar sobre antecedentes penales sólo si una condena anterior pudiese tener un efecto directo en la habilidad para cumplir los requisitos del trabajo”.
- “El gobierno deberá articular una política pública de superación de la pobreza, especialmente para las mujeres más vulnerables que llegan a la cárcel por delitos de drogas”.

(v) Valoración de las medidas contempladas en la propuesta normativa en discusión.

Celebramos la redacción del artículo 63 a través del artículo sexto del proyecto de ley, al permitir la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena, a mujeres traficantes en *condiciones de marginalidad y/o necesidades de manutención del hogar*”, que carezcan de antecedentes penales por delito doloso, como un mecanismo que materializa el tratamiento

penal diferenciado, para casos en donde la fuerza del Estado castiga a los eslabones más débiles de la cadena del mercado de las drogas. Sin embargo, esta medida se produce únicamente frente a algunos delitos del capítulo II del título XIII del Código Penal, por lo que sugerimos respetuosamente, pueda extenderse a la conducta tipificada en el artículo 382, relacionada con el tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos. Conducta que también debería ser incluida en la reforma propuesta al artículo 68A, inciso 2º, para que pueda acceder a otros permisos judiciales y penitenciarios.

Frente a la redacción que modifica el artículo 63, también debería abrirse la posibilidad, tal y como ocurrió con el artículo 12 del proyecto que modifica el artículo 314, a que se considere dar un tratamiento penal diferenciado no sólo a las mujeres que están condenadas por delitos asociados a condiciones de marginalidad y/o necesidades de manutención del hogar, sino a las personas que ejercen el rol⁹ al que se refiere el artículo, en este caso a las personas que en condiciones de marginalidad, con necesidades de manutención y sin antecedentes penales incurran en dicha conducta¹⁰.

Adicionalmente, consideramos de la mayor importancia el reconocimiento hecho en el artículo 63 a las labores de cuidado no remuneradas, la mayoría de ellas efectivamente ejercidas por mujeres como un elemento a considerar cuando se plantea la sustitución de la detención preventiva.

En relación a la libertad condicional para delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones, valoramos positivamente la reducción del término de la pena cumplida equivalente al 60%, lo que permite la aplicación de este beneficio a personas que han cometido estos delitos¹¹. Sin embargo, no debería mantenerse la diferencia con los otros delitos, en donde en caso de aprobarse la reforma presentada, se requerirá haber cumplido el 55% de la pena impuesta.

Si bien se modifica en algunos aspectos el artículo 68A, es necesario revisar la exclusión del subrogado de prisión domiciliaria realizada en el art. 38 B, por parte de quienes cumplen el mismo rol de las mujeres cuidadoras, en situación de vulnerabilidad, que no

⁹ “Art. 12. **Sustitución de la detención preventiva.** (...) 5. Cuando la procesada fuere mujer cabeza de familia de hijo menor de edad o que sufre incapacidad permanente, tenga a un adulto mayor o una persona que no puede valerse por sí misma bajo su cuidado. El hombre 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 la garantía de los derechos de las personas que se encuentran bajo su dependencia.”.

¹⁰ Incluso consideramos que debe haber una respuesta penal diferenciada para rangos bajos, medios y altos en delitos de drogas, ya que estas personas tienen dominios del hecho diferentes y responsabilidades variables en lo relacionado con el tráfico de drogas (roles como el de vendedor pequeño no tiene la misma relevancia penal que el vendedor de una organización grande y violenta).

¹¹ El párrafo del art. 7: “En el caso de los delitos enunciados en el artículo 68A, de este Código, se exigirá el cumplimiento de tres quintas partes de la pena, además de los demás requisitos establecidos en la ley.”

participan en delitos violentos y que son eslabones débiles de la cadena de tráfico.

Por último, es importante expresar que las medidas descritas están en consonancia con lo dispuesto en el punto 4 del acuerdo final: “Solución al problema de las drogas ilícitas”, en donde se reconoció que el cultivo, la producción y comercialización de drogas ilícitas en muchas regiones del país se debe entre otras causas a las “*condiciones de pobreza, marginalidad, débil presencia institucional, además de la existencia de organizaciones criminales dedicadas al narcotráfico*”. Así mismo, el acuerdo final determinó que las mujeres han sido desproporionalmente afectadas por la economía de las drogas ilícitas pues han sido víctimas de múltiples violencias dentro de las que se encuentra la trata de personas y la explotación sexual y económica.

En este sentido, el Acuerdo establece que se deben formular nuevas políticas desde un enfoque de derechos humanos y género. Dentro de las medidas para abordar esta problemática se encuentra el tratamiento penal diferenciado “*para delitos relacionados con los cultivos de uso ilícito, cuando los condenados o procesados sean campesinos no pertenecientes a organizaciones criminales, ley en la que se incluirá tratamiento penal diferenciado para mujeres en situación de pobreza, con cargas familiares, condenadas con delitos relacionados con drogas no conexos con delitos violentos y que no formen parte de estructuras directivas de organizaciones criminales, conforme a las recomendaciones efectuadas por la Organización de Estados Americanos*”.

ANEXO. Mecanismos sustitutivos del encarcelamiento.

Mecanismo Sustitutivo	Norma Código Penal (CP), Código de Procedimiento Penal (CPP)	Requisitos actuales Ley 1709 de 2014	Cambios propuestos Proyecto de Ley No. 148 de 2016 Senado
Prisión domiciliaria	Art. 38 B del CP.	- Sentencia por conducta punible cuya pena mínima prevista sea de 8 años. - Prueba del arraigo familiar y social del condenado. - Caución que garantice: no cambiar de residencia sin autorización del juez, que se reparen los daños, que comparezca frente al funcionario cuando sea requerido y permitir la entrada de servidores públicos para verificar cumplimiento de la reclusión.	- Sentencia <i>se imponga por pena menor a 10 años o por conducta punible cuya pena mínima prevista sea de 10 años.</i> - Que <i>se demuestren por cualquier medio los vínculos sociales y familiares del condenado o que se indique el lugar donde va a cumplir la medida.</i> - <i>No se aplica a mujeres pequeñas traficantes por la exclusión que se realiza en el art. 68A</i>
Prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión en establecimiento carcelario	Art. 38 G del CP.	- Cuando el condenado/a haya cumplido la mitad de la condena. - Prueba del arraigo familiar y social del condenado/a. - Caución que garantice: no cambiar de residencia sin autorización del juez, que se reparen los daños, que comparezca frente al funcionario cuando sea requerido y permitir la entrada de servidores públicos para verificar cumplimiento de la reclusión. - Que el condenado no pertenezca al grupo familiar de la víctima.	- Cuando el condenado haya cumplido <i>el 45%</i> de la condena. - <i>En los casos en que el condenado pertenezca al grupo familiar de la víctima, la medida se ejecutará en otro lugar.</i> - <i>Las mujeres pequeñas traficantes se verían beneficiadas con la reducción del tiempo de cumplimiento de la condena.</i>

Suspensión de ejecución de la pena	Art. 63 del CP y art. 474 del CPP.	- Se suspende por un período de 2 a 5 años. - Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de 4 años. - Que la persona condenada carezca de antecedentes penales por delito doloso. - Que la persona condenada no tenga antecedentes penales por delito doloso dentro de los 5 años previos.	- Se suspende por un período de 2 a 6 años. - Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de 6 años. - El juez decretará la suspensión de la ejecución de la pena para las mujeres condenadas por los delitos establecidos en los artículos 375, 377 e incisos 2° y 3° del artículo 376 cuando se prueben los vínculos familiares y sociales de la condenada y se preste la caución correspondiente (requisitos de los numerales 3 y 4 del artículo 38B), además, que se demuestre que la comisión del delito está asociada a condiciones de marginalidad y/o necesidades de manutención del hogar.
Libertad condicional	Art. 64 del CP y 471 del CPP.	- Previa valoración de la conducta punible. - Que la persona haya cumplido las tres quintas (3/5) partes de la pena (60%). - Que su adecuado desempeño y comportamiento durante el tratamiento penitenciario en el centro de reclusión permita suponer fundadamente que no existe necesidad de continuar la ejecución de la pena. - Que demuestre arraigo familiar y social.	- El juez reconocerá el derecho a la libertad condicional a la persona condenada a pena privativa de la libertad cuando: - La persona haya cumplido el 55% de la condena. Para el caso de los delitos relacionados con tráfico será del 60% (ver art. 68A) - Que por cualquier medio demuestre vínculos sociales y familiares. - No podrá negarse la libertad condicional atendiendo a las circunstancias y antecedentes tenidos en cuenta para la dosificación de la pena. - Se aplicaría a mujeres pequeñas traficantes.

Reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave	Art. 68 del CP.	- Que la persona esté aquejada por una enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión formal. - Que al momento de la comisión de la conducta no tuviese ya otra pena suspendida por el mismo motivo. - Debe mediar concepto médico legista especializado.	- Se debe prestar caución que garantice: no cambiar de residencia sin autorización del juez, que se reparen los daños, que comparezca frente al funcionario cuando sea requerido y permitir la entrada de servidores públicos para verificar cumplimiento de la reclusión. Se aplicaría a mujeres pequeñas traficantes.
Exclusión de beneficios y subrogados penales	Art. 68A	-Permite para el caso de conductas relacionadas con el tráfico: la detención preventiva, la sustitución de la ejecución de la pena y la libertad condicional - Se prohíbe: la suspensión condicional de la ejecución de la pena; y la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión	Permite para el caso de conductas relacionadas con el tráfico: la detención preventiva, la sustitución de la ejecución de la pena y la libertad condicional (por su relación con el 64 se disminuye el tiempo de pena cumplida, sin embargo sigue siendo mayor el término exigido) - Se prohíbe: la suspensión condicional de la ejecución de la pena; y la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión. Por el tratamiento penal diferenciado del 63, las mujeres podrían acceder la suspensión de la ejecución de la pena, sin embargo no ocurre lo mismo con la prisión domiciliaria.

Sustitución de la detención preventiva	Art. 314 del CPP.	La detención preventiva en establecimiento carcelario podrá sustituirse por la del lugar de la residencia en los siguientes eventos: - Cuando para el cumplimiento de los fines previstos para la medida de aseguramiento sea suficiente la reclusión en el lugar de residencia, aspecto que será fundamentado por quien solicite la sustitución y decidido por el juez en la respectiva audiencia de imposición, en atención a la vida personal, laboral, familiar o social del imputado. - Cuando el imputado o acusado fuere mayor de 65 años, siempre que su personalidad, la naturaleza y modalidad del delito hagan aconsejable su reclusión en el lugar de residencia. - Cuando a la imputada o acusada le falten 2 meses o menos para el parto. Igual derecho tendrá durante los 6 meses siguientes a la fecha de nacimiento. - Cuando la imputada o acusada fuere madre cabeza de familia de hijo menor o que sufre incapacidad permanente, siempre y cuando haya estado bajo su cuidado. En ausencia de ella, el padre que haga sus veces tendrá el mismo beneficio.	<i>Independientemente de lo previsto en los artículos 38 y siguientes del Código Penal sobre la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión (...):</i> - Cuando el imputado o acusado fuere mayor de 60 años. - Cuando a la procesada le falten 3 meses o menos para el parto, y hasta los seis meses después del nacimiento. - Cuando la procesada fuere mujer cabeza de familia de hijo menor de edad o que sufre incapacidad permanente, tenga a un adulto mayor o una persona que no puede valerse por sí misma bajo su cuidado. El hombre 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 la garantía de los derechos de las personas que se encuentran bajo su dependencia. - Amplía el reconocimiento de las labores de cuidado que realizan muchas de las internas/os
--	---------------------------------	--	---