

CAPÍTULO VI
MUJER, DROGAS Y CÁRCEL: ALGUNAS TENDENCIAS
EN EL PROCESO PENAL EN EL DELITO DE TRÁFICO,
FABRICACIÓN Y PORTE DE ESTUPEFACIENTES

ANA LUCÍA MONCAYO ALBORNOZ¹

RESUMEN

El sistema penal, la política de “guerra contra las drogas” establecida por el Estado y el derecho penal como instrumento de control patriarcal desconocen la situación de vulnerabilidad acentuada que enfrentan las mujeres privadas de la libertad por el delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes. En consecuencia, el proceso penal en contra de estas mujeres no resulta garantista y afecta el derecho de acceso a la justicia y el debido proceso. Esta investigación tiene como propósito identificar algunas

1 Abogada de la Universidad Externado de Colombia, magíster en Derechos Humanos y Democratización de las Universidades Externado de Colombia y Carlos III de Madrid, magíster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid, magíster en Ciencias Penales de la Universidad Central de Barcelona y Pompeu Fabra, especialista en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Externado de Colombia. Investigadora del Centro de Investigaciones en Política Criminal; coordinadora de proyectos en las líneas de investigación de victimología y política criminal. ana.moncayo@uexternado.edu.co, analuciamoncayo@hotmail.com

tendencias del proceso penal contra las mujeres privadas de la libertad por el delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes en la ciudad de Bogotá.

Palabras clave: selectividad del sistema penal, política criminal, mujeres, drogas, vulnerabilidad y prisión.

ABSTRACT

The penal system, the “war on drugs” policy established by the State and the criminal law, as an instrument of patriarchal control, ignore the vulnerability situation of women deprived of liberty for the crime of trafficking, manufacturing and carrying narcotics. Consequently, the criminal proceedings against these women affect the right of access to justice and due process. The purpose of this investigation is to identify some trends in criminal proceedings against women deprived of liberty for the aforementioned crime.

Keywords: Selectivity of the Criminal System, Criminal Policy, Women and Drugs, Vulnerability and Prison.

1. INTRODUCCIÓN

La tasa de crecimiento de la población femenina en cárceles por delitos de drogas ha ido en aumento y esta es más alta que la masculina. Diversos estudios lo confirman (Ariza & Iturralde, 2017; Uprimny, Martínez, Cruz, Chaparro & Chaparro, 2016; Caicedo, 2017; Giacomello, 2013; Moncayo Albornoz, 2016; entre otros). Según el estudio realizado por Sánchez-Mejía, Rodríguez Cely, Fondevila y Morad Acero (2018), el número de mujeres en prisión ha aumentado desde 1991 hasta 2018 en un 429 %, mientras que, en los hombres, para este mismo período, su incremento fue de 300 % (p. 31). Además, el delito de tráfico, fabricación o porte de

estupefacientes, es el primer delito por el que las mujeres se encuentran privadas de la libertad en nuestro país. De las 8.210 mujeres privadas de la libertad en los centros penitenciarios a cargo del Inpec², el 45 %³ se encuentra recluida por este delito, seguido de concierto para delinquir, con un 32,5 %⁴. Este último delito en las mujeres, en la mayoría de los casos, tiene relación directa con el tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. Mientras que en los hombres el tráfico de estupefacientes es el tercer delito por el que se encuentran recluidos.

El sistema penal y penitenciario no reconoce la situación de vulnerabilidad acentuada o desventaja social que enfrentan las mujeres por los delitos de drogas y, en consecuencia, el proceso penal no resulta garantista; la pena impuesta termina siendo desproporcionada y afecta en gran manera a sus hijos y su familia. Por esta razón, esta investigación tiene como propósito identificar algunas tendencias del proceso penal en las mujeres privadas de la libertad por el delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes con el propósito de evidenciar la selectividad del sistema penal. Entre los objetivos específicos, se encuentran: a) identificar el perfil sociodemográfico de las mujeres privadas de la libertad por el delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes; b) analizar el perfil sociodemográfico de estas mujeres en relación con los criterios de vulnerabilidad acentuada; c) analizar en el proceso penal situaciones de ausencia de reconocimiento de la situación de vulnerabilidad de las mujeres citadas como obstáculo

2 Estadísticas del Inpec a enero de 2019.

3 Estadísticas del Inpec a enero de 2019.

4 Del total de internas (8.210), 3.754 de las mujeres privadas de la libertad (Sindicadas 2.464 y condenadas 1.290) (INSTITUTO PENITENCIARIO Y CARCELARIO, 2019).

en el ejercicio del derecho de acceso a la justicia y debido proceso; d) proponer algunas recomendaciones para garantizar una política criminal que garantice el derecho de acceso a la justicia y el debido proceso.

Para el desarrollo del objetivo general y de los objetivos específicos se tuvo en cuenta un enfoque cualitativo en la investigación y, para ello, se acudió al análisis de fuentes secundarias y primarias. Entre las fuentes secundarias se estudió doctrina, informes, normatividad y jurisprudencia con el fin de conocer y relacionar los conceptos de vulnerabilidad con la garantía de los derechos de acceso a la justicia y debido proceso.

Entre las fuentes primarias se aplicaron dos estrategias de recolección de información: la entrevista y el análisis de expedientes. La entrevista semiestructurada se efectuó a 19 mujeres privadas de la libertad en la Cárcel de Mujeres de Bogotá por el delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes (nueve condenadas y diez imputadas, acusadas o enjuiciadas sin condena)⁵. También se analizaron 23 expedientes de mujeres condenadas por el delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes del Art. 376 del Código Penal colombiano en los juzgados de ejecución de penas de Bogotá⁶. El número de expedientes analizados

-
- 5 Las entrevistas se realizaron en los meses de marzo y abril de 2018. Se cambiaron los nombres de las internas para la protección de sus datos. Para el número de entrevistas se tuvo en cuenta el criterio de saturación de la teoría fundamentada, por ser esta una investigación de corte cualitativo (ARDILA SUÁREZ & RUEDA ARENAS, 2013; HERNÁNDEZ CARRERA, 2014). Por tal razón, esta investigación no aplicó muestreo estadístico para obtener representatividad.
 - 6 El análisis de procesos penales por el delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes se realizó durante los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2018, en las oficinas de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, en Bogotá.

obedeció a una prueba exploratoria o piloto en Bogotá, con el fin de validar los instrumentos de recolección de información en relación con los objetivos propuestos. Por lo anterior, los resultados de esta investigación son limitados y reconocen algunas tendencias dentro del proceso penal de las mujeres privadas de la libertad por el delito en mención en Bogotá.

Por haber hecho posible esta pequeña investigación merecen todo el agradecimiento las mujeres privadas de la libertad de la Cárcel de Mujeres de Bogotá⁷, la directora, los funcionarios y guardia de este establecimiento penitenciario. Así mismo, toda la gratitud para los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad de Bogotá por permitir la revisión de los procesos de mujeres condenadas por el delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes.

En la primera parte de este capítulo de investigación se analizará de manera breve el perfil sociodemográfico y económico de las mujeres privadas de la libertad por el delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes. Luego, en una segunda parte se analizarán algunas tendencias en el proceso penal: flagrancia en la captura, limitada defensa técnica, procesos sin juicio, encierro como principal medida de aseguramiento y la pena a imponer, y la exclusión de beneficios penales, etcétera. Por último, se hacen unas recomendaciones de política criminal que tienen en cuenta la situación de riesgo e indefensión que presentan estas mujeres en el sistema penal, con el propósito de que se les garantice el derecho de acceso a la justicia y el debido proceso.

7 Los nombres de las internas fueron cambiados con el fin de mantener su privacidad y proteger sus datos.

2. CARACTERIZACIÓN DE LAS MUJERES PRIVADAS DE LA LIBERTAD POR EL DELITO DE DROGAS

En cuanto a la edad de las mujeres privadas de la libertad, de las 19 entrevistas realizadas a estas mujeres por el delito de tráfico, fabricación y porte de estupefaciente, se encontró que diez de ellas tenían entre 21 y 36 años de edad, y nueve entre 40 y 51. En los procesos penales de las 23 mujeres condenadas, quince tenían entre 19 y 37 años y ocho entre 44 y 63 años. La mayoría de estas mujeres se encuentran en un rango etario de 19 a 37 años. Cifra que coincide con la señalada en el estudio de Sánchez-Mejía *et al.* (2018), que establece que el 65 % de las mujeres privadas de la libertad estaban en una etapa productiva y reproductiva (p. 39).

La mayoría de mujeres privadas de la libertad por estos delitos tienen un nivel de escolaridad bajo. De las 19 internas entrevistadas, seis terminaron primaria, dos no terminaron, una de ellas no sabía leer ni escribir; cinco mujeres terminaron secundaria, tres no completaron, dos realizaron estudios técnicos y solo una terminó estudios universitarios. Situación similar se encontró en el análisis de los procesos penales: diez mujeres realizaron estudios de primaria⁸, otras diez no terminaron secundaria, dos terminaron secundaria y una mujer realizó estudios técnicos.

El estudio de Sánchez-Mejía *et al.* (2018) confirma el bajo nivel educativo de las internas al señalar que:

El 56,6 % alcanzó niveles educativos inferiores a la secundaria; el 23,4 % realizó la secundaria completa; el 6,5 % realizó estudios universitarios; el 10,7 % realizó estudios técnicos y tecnológicos y el 2,8 % no cursó estudios (pp. 41-42).

8 En los expedientes no se pudo establecer si las diez mujeres terminaron la primaria o si no la terminaron.

El mismo estudio señala que entre los principales motivos de deserción escolar están la necesidad de trabajar (24,6%), la falta de apoyo económico (19,1%) y el embarazo (17,1%) (Sánchez-Mejía *et al.*, 2018, pp. 43-44).

De las 19 mujeres entrevistadas, once eran solteras, tres manifestaron unión libre y dos eran casadas. La mayoría de ellas tenían personas a cargo al momento de la privación de libertad: dieciséis manifestaron tener hijos a su cargo y responder por su cuidado; una de las mujeres, que dijo no tener hijos, manifestó que tenía a su cargo un adulto mayor. En el estudio de los 23 procesos penales se encontró que 18 eran solteras, cuatro estaban en unión libre y una era casada. También, la encuesta realizada por Sánchez-Mejía *et al.* (2018), con relación al estado conyugal, señaló que la mayoría de internas eran solteras (56,6%); en unión libre había un 31,1%, separadas un 6,6% y casadas un 5,8%.

En cuanto a la situación de madres cabezas de familia, es importante señalar que trece mujeres de las 19 entrevistadas manifestaron tener esta condición y catorce en los 23 procesos analizados. Situación similar se encontró en las encuestas realizadas por Sánchez: el 46% de las mujeres privadas de la libertad tenían hijos menores de 11 años, y el 75% eran cabeza de familia; el 73,4% vivían con sus hijos antes de ser detenidas, y el 54% eran cuidadoras principales de sus hijos antes de ser privadas de la libertad (Sánchez-Mejía *et al.*, 2018, p. 17).

Es decir, la mayoría de las mujeres privadas de la libertad tienen la condición de madre cabeza de familia, ya que en ellas confluyen los elementos requeridos por la Corte Constitucional, así:

- (i) Que la mujer tenga a su cargo la responsabilidad de hijos menores de edad o de otras personas “incapacitadas” para trabajar;
- (ii) que la responsabilidad exclusiva de la mujer en la

jefatura del hogar sea de carácter permanente; (iii) que exista una auténtica sustracción de los deberes legales de manutención por parte de la pareja o del padre de los menores de edad a cargo; y (iv) que exista una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia (Sentencia T-084 del 5 de marzo de 2018).

Es importante señalar que ante el sistema penal el ser madres cabeza de familia incrementa los daños que la privación de la libertad genera para sus hijos y sus familias, en tanto estos quedan sin afecto y sin la posibilidad de sostenerse económicamente (Uprimny, Chaparro, & Cruz, 2017a).

Es relevante mencionar que, históricamente, los roles de cuidado asociados a la femineidad han generado un impacto negativo para la permanencia y unidad familiar en los casos de los hijos de las mujeres privadas de la libertad por delitos de drogas. Tal como lo expresan las mujeres en las entrevistas, los hijos quedan al cuidado de la familia extensa. Incluso, una mujer manifestó que su hijo quedó en manos de la vecina. Así lo expresó: “Yo dije que no tenía hijos para evitar que se lo llevara el ICBF⁹, porque eso le pasó a una amiga, entonces dije que no tenía”. Del estudio de Sánchez-Mejía *et al.* (2018) se evidencia que los hijos menores de edad quedan al cuidado de la abuela en un 43,7%, repartidos entre otros familiares en un 17,4%, con el padre en un 21,1% o a cargo del ICBF en un 3,5%. Mientras que, en el caso de privación de la libertad de los hombres, los hijos quedan al cuidado de la madre (71,4%), la abuela (18,8%) u otras mujeres de la familia (Sánchez-Mejía *et al.*, 2018. p. 101).

La mayoría de las mujeres tienen dificultad en la crianza de sus hijos e hijas menores de edad. En las entrevistas

9 María, mujer de 21 años, condenada por el delito de drogas. Entrevista realizada en la Cárcel de Mujeres de Bogotá, 17 de abril de 2018.

realizadas es frecuente escuchar que las hijas menores de edad quedaron embarazadas o que sus hijos están consumiendo drogas o alcohol. Una de las internas, que fue trasladada de la Cárcel de Mocoa a la Cárcel de Mujeres de Bogotá, manifestó: “Mis dos hijas se quedaron con mi mamá, pero la más grande, de 15 años, se fue con el novio. Quedó embarazada y me acabó de decir que perdió el niño. Y yo aquí sin saber qué hacer”¹⁰. Situación similar se evidenció en el proceso penal. Varias mujeres cabeza de familia le solicitaban al juez con desesperación que les otorgara la prisión domiciliaria, porque sus hijos las necesitaban. Una interna le solicitó al juez la prisión domiciliaria, ya que su hija mayor –que se encargaba de los dos hermanitos– había quedado embarazada¹¹. Según las encuestas realizadas en el estudio de Sánchez-Mejía *et al.* (2018), el 79 % de las madres con hijos entre 4 y 18 años señaló que sus hijos desmejoraron el rendimiento académico. El 38,7 % de las madres con hijos entre 12 y 18 años señaló que sus hijos dejaron la escuela para empezar a trabajar, el 18,8 % manifestó que alguno de sus hijos dejó la escuela para cuidar a sus hermanos, el 10 % señaló que alguno de sus hijos empezó a consumir alcohol, y el 26 % manifestó que alguno de sus hijos empezó a consumir droga (p. 101).

En cuanto a las ocupaciones que realizaban las mujeres entrevistadas antes de ser privadas de la libertad, se resalta que la mayoría de ellas realizaban ocupaciones temporales, históricamente feminizadas¹² que se enfocan en la subsistencia. Es decir, ocupaciones de cuidado que, según Renate

10 Sonia, mujer de 42 años, condenada por el delito de drogas. Entrevista realizada en la Cárcel de Mujeres de Bogotá, 17 de abril de 2018.

11 Proceso de ejecución de penas, mujer condenada, de 55 años de edad.

12 Según el DANE (2019), la rama de actividad con mayor participación de mujeres fue “servicios comunales, sociales y personales (66,7%).”

Rott (2019), deben asumir por el hecho de ser mujeres y que contienen unas “sobre cargas de trabajo sin el poder de decisión y sin las condiciones apropiadas”. Connotación que resulta negativa, ya que parte “de la construcción cultural de género que no ha sido definido en condiciones de igualdad por la sociedad patriarcal” (Rott, 2019). De las 19 mujeres entrevistadas por los delitos de drogas, 6 dijeron realizar oficios varios (aseo, camarera, etcétera), 3 ventas, 2 reciclaje, 2 eran amas de casa, una costurera, una secretaria; una dijo vender droga, otra se abstuvo de contestar y 2 manifestaron ser desempleadas. Datos que coinciden con los encontrados en el estudio de los 23 expedientes: doce mujeres se identificaron en ventas, tres como amas de casa, tres en oficios varios, una como artesana, tres eran desempleadas y una no manifestó su ocupación. Ocupaciones que coinciden con las establecidas por el Dane en el trimestre de noviembre 2018-enero 2019, al señalar que la rama de actividad con mayor participación de mujeres fue la de servicios comunales, sociales y personales (Dane, 2019). Según el estudio de Sánchez-Mejía *et al.* (2018), el 37,1 % de las mujeres condenadas por estos delitos manifestó que sus ingresos mensuales eran inferiores a un millón de pesos (p. 72).

Es importante señalar que las ocupaciones de estas mujeres, a su vez, se relacionan con la feminización de la pobreza. Es decir, “con la costumbre y naturalización de una vida llena de sobre cargas y miserias sin la posibilidad remota de visualización o planificación de un cambio” (Rott, 2019).

Son mujeres con altas tasas de desempleo, según la Gran Encuesta Integrada de Hogares realizada por el Dane (2017); la tasa de desempleo en las mujeres es más alta que en los hombres, de acuerdo con el nivel educativo logrado. Por ejemplo: la tasa de desempleo en las mujeres que tienen educación básica primaria es de 9,9 % y en

los hombres, con este mismo nivel educativo, es de 6,1 %. Situación similar ocurre en la tasa de desempleo en el nivel de educación básica secundaria: en las mujeres es de 13,9% y en los hombres de 8,1 %. En el nivel de educación media, la tasa de desempleo en las mujeres es de 15,6% y en los hombres de 9,4 %. En el nivel de educación técnica, profesional y tecnológica, la tasa de desempleo en las mujeres es de 14,4% y en los hombres de 8,6%, y en el nivel de educación universitaria, la tasa de desempleo en las mujeres es de 10,9% y en los hombres de 8,5%.

En la situación de estas mujeres, además de la ausencia de la garantía de derechos económicos, sociales y culturales, convergen múltiples factores que explican su participación en los delitos de drogas, uno de ellos, la violencia (Caicedo, 2017; Moncayo Alborno, 2016). Las encuestas realizadas por Sánchez-Mejía *et al.* (2018) demuestran que estas mujeres han padecido victimizaciones previas a la privación de la libertad: el 47,6% de ellas manifestó haber sido víctima de violencia física, el 42,5% de violencia psicológica y el 22,4% de violencia sexual. Sin duda, las violencias previas al hecho delictivo también son un factor de vulnerabilidad.

En ocasiones, la relación con la pareja ha sido un factor definitivo en la participación de estas en los citados delitos. Así lo evidencia Caicedo Delgado (2017) al señalar que algunas de las mujeres entrevistadas “mencionan el encarcelamiento de sus esposos como determinante en la decisión de involucrarse en dicha actividad ilícita” (p. 43). El mismo estudio señaló que algunas de las mujeres manifestaron que se involucraron en este delito al llevarle droga a su esposo o pareja que estaba detenido (p. 28)¹³.

13 En el mismo sentido OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LAS DROGAS Y EL DELITO (2018, p. 15).

Estas mujeres se encuentran en una situación de vulnerabilidad que sobrepasa el concepto reduccionista de pobreza, que se nutre de elementos técnicos como ingreso y gasto. La vulnerabilidad es un concepto que incluye factores multidimensionales y multicausales en los fenómenos sociales y que busca complementar el concepto de pobreza y exclusión¹⁴. Al respecto Amartya Sen (1981) señala que lo que hace a una persona vulnerable o no depende del acceso a unas dotaciones iniciales, las que se pueden movilizar, utilizar y transformar para situaciones críticas¹⁵. Así mismo, Chambers (1995) considera que en el concepto de vulnerabilidad están presentes dos elementos: uno externo, la exposición al riesgo; y otro interno, la indefensión (p. 175). En el mismo sentido, Gustavo Busso (2002) señala que en la vulnerabilidad

confluyen simultáneamente la exposición a riesgos, la incapacidad de respuesta y adaptación de individuos, hogares o comunidades, los cuales pueden ser heridos, lesionados o dañados ante cambios o permanencia de situaciones externas y/o internas que afectan su nivel de bienestar y el ejercicio de sus derechos. De allí que la vulnerabilidad se emparenta

-
- 14 El profesor ROBERT CHAMBERS (1995) señala que la vulnerabilidad es la ausencia de lo que una persona requiere para estar bien en todas las dimensiones, como la social, la afectiva, la política, la económica y la de salud. La vulnerabilidad se puede definir como una situación y un proceso multidimensional y multicausal que busca complementar los conceptos “de pobreza y exclusión para lograr una mayor representación de los distintos fenómenos sociales”. También BUSO (2002) considera que la vulnerabilidad se puede definir como un proceso multidimensional y multicausal.
- 15 Entendida esta no como pobreza, “el análisis de vulnerabilidad revela la existencia de otras realidades y racionalidades y de dimensiones no-monetarias de la pobreza que es necesario tomar en cuenta (MOSER, 2001)” (citado por LAMPIS, 2010). Posteriormente, la COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL) (1999) entendió el concepto de vulnerabilidad como la ausencia de capacidad para controlar las fuerzas que lo afecta (p. 8).

con otras nociones que se expresan ya sea como fragilidad e indefensión ante cambios originados en el entorno, como desamparo institucional desde el Estado que no contribuye a fortalecer ni cuida sistemáticamente de sus ciudadanos (p. 16).

En síntesis, son mujeres que enfrentan distintos factores de vulnerabilidad, entre ellos, el de carecer de un capital simbólico¹⁶, es decir, de “cualquier especie de capital económico, cultural, escolar o social” que responde a una “expectativa colectiva” (Bourdieu, 1997, p. 151), que permite reconocerlo y que genera un valor en quien lo detenta. También son mujeres que antes del encarcelamiento ya habían sufrido algunas violencias de género y estaban excluidas de los procesos productivos y políticos. Estos factores han expuesto a la mayoría de ellas a diversos riesgos, entre ellos: la inestabilidad económica y cultural y la ilegalidad. También se han expuesto a situaciones de indefensión, por la imposibilidad de planificar un cambio o tomar decisiones adecuadas para salir adelante de los escenarios de dificultad. Riesgos e indefensión que, como se analizará, continúan al ingresar al sistema judicial y penitenciario por ser este selectivo y jerarquizar algunos bienes jurídicos, como el de la salud pública, que es el bien protegido en el tráfico, fabricación y porte de estupefacientes (Cita Triana & González Amado, 2017).

16 “El capital simbólico es una propiedad cualquiera, fuerza física, riqueza, valor guerrero, que, percibida por unos agentes sociales dotados de las categorías de percepción y de valoración que permiten percibirla, conocerla y reconocerla, se vuelve simbólicamente eficiente, como una verdadera fuerza mágica: una propiedad que, porque responde a unas ‘expectativas colectivas’, socialmente constituidas, a unas creencias, ejerce una especie de acción a distancia, sin contacto físico” (BOURDIEU, 1997, p. 172).

3. SELECTIVIDAD DEL SISTEMA PENAL: VULNERABILIDAD DE LAS MUJERES EN EL DELITO DE TRÁFICO, FABRICACIÓN Y PORTE DE ESTUPEFACIENTES Y AFECTACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA

La selectividad del sistema judicial emerge en contra de estas mujeres, ya que el derecho penal se ha legitimado en su mayoría para neutralizar a los pobres (Cortina, 2017), los vulnerables, los “no garantizados”¹⁷ o los “subhumanos” (Ferrajoli, 2014), y acentuar su ejercicio de manera desproporcionada. Las cárceles en su mayoría están llenas de personas a las que no se les ha garantizado los derechos económicos, sociales y culturales, como gran parte de las mujeres que incurrir en el delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes, como se analizó en el acápite anterior. Como lo señala Zaffaroni (2012), la selectividad del sistema penal resulta ser una forma de control que neutraliza al vulnerable y, en consecuencia, el poder continúa manteniendo su *statu quo*, al igual que la pobreza.

Además de la selectividad propia del sistema penal, es importante evidenciar que el discurso del derecho, y en especial del derecho penal, resulta andrócentrico y patriarcal y en este sentido las mujeres en este ámbito de poder son tratadas “de manera subordinada a los intereses de los hombres” (Facio, 1999). Las mujeres privadas de la libertad se enfrentan al rigor del control social formal¹⁸ por haber hecho caso omiso a la feminidad y a la disciplina impartida por las diversas instituciones que lo componen. Graciela Otano (2000) señala que además de la selectividad del sistema penal, este posee “un altísimo componente

17 En palabras de PAVARINI (2002, p. 75).

18 Y al control social informal.

androcéntrico, las mujeres resultan doblemente discriminadas: por su género y porque en términos generales, comparten con los hombres su pertenencia a los sectores más desprotegidos de la sociedad” (p. 135).

En cuanto a la cantidad de autoridad impartida por las instancias formales hacia las mujeres, resulta interesante lo manifestado por Teresa Millares (1983), cuando señala que “cuánto más lejos se está del centro del poder, de cualquier tipo de poder, y por lo tanto menor autoridad social se tiene, con mayor fuerza el Estado impondrá su presencia a través del control formal” (p. 42). En el escenario del sistema penal, la mujer ha estado históricamente lejos del poder, y en consecuencia el Estado despliega todo su poder punitivo y patriarcal al momento en el que esta quebranta o transgrede las normas sociales y jurídicas previstas para la protección de un bien jurídico que el mismo Estado ha jerarquizado. La calidad de victimaria dentro del sistema judicial podría reforzar el poder punitivo del Estado y la cultura patriarcal de la sociedad.

De otra parte cabe resaltar, frente a la especificidad del delito por el que se les priva de la libertad a estas mujeres, que la salud pública es el bien jurídico protegido. Este ha sido uno de los bienes jurídicos jerarquizados¹⁹ por el Estado. Es decir, el Estado le ha dado a la salud pública un

19 La Ley 1453 de 2011 “también aumentó la pena de las circunstancias de agravación punitiva del delito de uso, construcción comercialización y tenencia de semisumergible (Art. 377-BCP) creadas en el 2009” (CITA TRIANA & GONZÁLEZ AMADO, 2017, p. 157). La pena paso de ocho (8) y catorce (14) años a una pena de quince (15) a treinta (30) años. También la Ley 1453 de 2011 “modificó el delito de tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos (Art. 382 C.P.) agregando la conducta de ‘desvío del uso legal a través de empresas o establecimientos de comercio’ y ampliando la cantidad de sustancias cuyo tráfico se penaliza” (CITA TRIANA & GONZÁLEZ AMADO, 2017, p. 158).

mayor valor al seleccionarlo para la intervención punitiva²⁰ que se ha concretado en la aplicación de un modelo prohibicionista o de “guerra contra las drogas” (Uprimny, Chaparro, & Cruz, 2017b). De esta manera, a los delitos relacionados con drogas se les ha otorgado una mayor cantidad de pena. Así, la Ley 599 de 2000 duplicó el mínimo de la pena del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefaciente, en los casos en los que se presentaran las circunstancias de agravación punitiva del artículo 384 del C.P. (Cita Triana & González Amado, 2017)²¹. Otra característica que evidencia la jerarquización de este bien jurídico es la creación de nuevos delitos para evitar su lesión, como lo sucedido con la Ley 1311 de 2009, que creó dos nuevos tipos penales: uso, construcción, comercialización y/o tenencia de semisumergibles o sumergibles (Art. 377A de la C.P.) y su modalidad agravada (Art. 377B de la C.P.), tipo penal que al aplicar la agravante tiene una pena de prisión que podría llegar a los 45 años. Así mismo, frente al tipo penal de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, ha surgido una criminalización “indiferenciada”; es decir, se aplican sanciones similares a conductas bastante diferentes (Uprimny, Chaparro, & Cruz, 2017b, pp. 59-60). Por ejemplo, una persona consumidora (mujer u hombre) que

20 En temas de política criminal, “los bienes jurídicos son relaciones sociales que se valoran hasta cierto grado que para estas se selecciona una de las intervenciones más serias que realiza un Estado democrático sobre los ciudadanos, con lo cual la intensidad de esta intervención, que en este caso no es nada más que la pena, especialmente la privativa de la libertad, debe estar relacionada con la intensidad de la valoración de la relación social que llega a ser un bien jurídico protegido a través del derecho penal” (CITA TRIANA & GONZÁLEZ AMADO, 2017, p. 205).

21 Incluso el legislador no tuvo en cuenta que el aumento punitivo del mínimo de la pena al doble podía superar el máximo de la pena, como en el inciso 2 del artículo 376 del C.P., en el que el mínimo de la pena es de 10,6 y el máximo 9 años.

porte una dosis superior a la personal, y a un jefe de una organización de narcotráfico, se le aplica el mismo artículo del Código Penal (Art. 376 del C.P.), ya que en este se encuentran relacionadas diversas conductas.

La selectividad propia del sistema judicial, el patriarcado inmerso en el derecho penal y la política contra las drogas a ultranza prohibicionista son factores en el sistema penal que han generado un impacto en la garantía del derecho de acceso a la justicia y el debido proceso en las mujeres que se encuentran investigadas, enjuiciadas o condenadas en el sistema penal por el delito de tráfico, fabricación y porte de drogas, como se analizará más adelante.

La doctrina (García Ramírez, 1997) y la jurisprudencia²² han reconocido que para que se dé cumplimiento al derecho de acceso a la justicia no es suficiente con accionar el sistema jurisdiccional, sino que se requiere del cumplimiento de varios derechos que conforman su contenido, así:

(i) Derecho de acceso a un órgano jurisdiccional. Entendido como el derecho que toda persona tiene a accionar el sistema judicial, a hacer parte de un proceso equitativo con las garantías de un tribunal independiente, imparcial y competente. Es decir, acceder al sistema judicial sin discriminación alguna; (ii) el derecho a participar²³ en el proceso y a que las pretensiones solicitadas se desarrollen de conformidad con

22 Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez (vicepresidente), Corte IDH, caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2003, párrafo 5; voto disidente del juez Antonio Cancado Trindade, párrafo 2, caso Cinco pensionistas vs. Perú; y Corte Constitucional, Sentencia C-228 de 2002 y Sentencia C-209 de 2007, entre otras.

23 “La jurisprudencia constitucional ha señalado que el derecho al acceso a la justicia, tiene como uno de sus componentes naturales el derecho a que se haga justicia. Este derecho involucra un verdadero derecho constitucional al proceso penal y el derecho a participar en el proceso penal, por cuanto el derecho al proceso en el estado democrático debe ser eminentemente participativo” (Corte Constitucional, Sentencia C-209 de 2007).

las normas del debido proceso. No se trata solamente de accionar el sistema sino también de dinamizarlo a través de la participación real, activa de quien entró y de la aplicación de las mínimas garantías de un proceso, que, entre otras, han sido [reglas] consensuadas por los diferentes instrumentos internacionales que obligan a los Estados a su práctica (debido proceso); (iii) Derecho a obtener un fallo en firme, ejecutable y en un plazo razonable. Dicho en otras palabras, es el contenido material del derecho al acceso a la justicia, es el derecho a una respuesta eficaz sin dilaciones injustificadas y con las garantías propias de un debido proceso, siendo este último transversal a todos los derechos que componen el acceso a la justicia (Moncayo Albornoz, 2009, p. 144).

A continuación, se analizarán algunas tendencias del proceso penal de las mujeres investigadas y enjuiciadas por el delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes, que evidencian la selectividad del sistema penal, afectando su derecho de acceso a la justicia.

4. CONDUCTAS POR LAS QUE LAS MUJERES SON PROCESADAS Y CONDENADAS EN EL DELITO DE TRÁFICO, FABRICACIÓN Y PORTE DE ESTUPEFACIENTES

A continuación, se relacionan algunos de los hallazgos encontrados del análisis de las 19 entrevistas realizadas a mujeres privadas de la libertad en la Cárcel de Mujeres de Bogotá y del análisis de 23 expedientes judiciales de mujeres condenadas por el delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes, consagrado en el artículo 376 del Código Penal en vigencia de la Ley 906 de 2004 en los juzgados de ejecución de penas de Bogotá²⁴. Es importante señalar

24 Como se mencionó en la introducción, las entrevistas se realizaron en los meses de marzo y abril de 2018. Se cambiaron los nombres de las internas

que el número de expedientes de mujeres condenadas por este delito obedeció a una prueba exploratoria en Bogotá para conocer una tendencia en la garantía del derecho de acceso a la justicia.

Es conveniente identificar que el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes consagrado en el artículo 376 del C. P. tiene múltiples conductas o verbos rectores en su contenido. Así, se encuentran: transportar, llevar consigo, almacenar, conservar, elaborar, vender, ofrecer, adquirir, financiar o suministrar a cualquier título sustancia estupefaciente o sicotrópica. Sin embargo, del análisis de los 23 expedientes y de las 19 entrevistas con las mujeres privadas de la libertad, se evidencia que las conductas realizadas por estas son fundamentalmente las siguientes: llevar consigo, transportar, vender en pequeña escala y almacenar marihuana y algunas sustancias derivadas de la coca.

En cuanto a los verbos rectores de “transportar” y de “llevar consigo”, se encontró que varias mujeres fueron capturadas en flagrancia en el aeropuerto al intentar viajar al exterior: una mujer de las 19 entrevistadas fue capturada en esta circunstancia y en cuatro de los 23 expedientes judiciales se hacía referencia a esta conducta. También, algunas mujeres fueron capturadas al ingresar droga a los centros carcelarios: en dos de las 19 entrevistadas y en cinco expedientes de los 23 procesos estudiados se observó esta situación.

Es importante mencionar que, en estos casos de flagrancia en el aeropuerto y de ingreso de droga a las cárceles de

para la protección de sus datos. Para el número de entrevista se tuvo en cuenta el criterio de saturación de la teoría fundamentada por ser esta una investigación de corte cualitativo (ARDILA SUÁREZ & RUEDA ARENAS, 2013; HERNÁNDEZ CARRERA, 2014). Por tal razón, esta investigación no aplicó muestreo estadístico para obtener representatividad.

hombres, la mayoría de los jueces en la sentencia establecen la condena por el verbo rector “llevar consigo”. En los casos de ingreso de droga a la cárcel de hombres se configura una agravante, por lo que el mínimo de la pena se duplica, según lo contemplado en el artículo 384 del Código Penal. Como se mencionó, uno de los factores determinantes en la realización de esta conducta es el encarcelamiento de sus esposos o compañeros permanentes (Caicedo Delgado, 2017, p. 43). Y tiene este factor un contenido altamente patriarcal porque, como lo ha mencionado Caicedo Delgado (2017), el ingreso de droga al establecimiento carcelario es una manifestación de sumisión o de “solidaridad obediente” (p. 43) que hace que las mujeres acentúen su actividad de cuidado e incrementen su vulnerabilidad hasta ponerse en riesgo por proporcionarle la droga a su pareja.

Otras mujeres fueron capturadas por orden judicial en la vía pública: tres de las 19 entrevistadas manifestaron haber sido privadas de la libertad en la calle y en dos expedientes de los 23 estudiados se encontró esta circunstancia. En estos casos el verbo utilizado por los jueces en la condena fue el de “transportar”.

En cuanto a la venta en pequeñas cantidades o narcomenudeo²⁵, es importante señalar que 13 mujeres de las 19 entrevistadas se encontraron privadas de la libertad por esta conducta, y diez fueron condenadas por la misma conducta, en los procesos penales. En cuanto al almacenamiento

25 Narcomenudeo “es la organización empleada para el suministro de drogas en pequeñas cantidades, encargado de satisfacer las necesidades de los consumidores de drogas, comercializados en ‘puntos de venta’”. Microtráfico “hace parte del subsistema del tráfico de drogas que abastece de cantidades importantes de drogas ilícitas a las organizaciones de las ciudades encargadas del suministro sistemático de drogas en pequeñas cantidades, con embalaje, pureza y periodicidad definidas” (MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO, 2013).

como verbo rector del tipo penal de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, dos de los expedientes judiciales se referían a condenas por este verbo rector. Cabe resaltar que, en las entrevistas realizadas, el almacenamiento no fue percibido por las mujeres como la conducta determinante de su captura. Para ellas, la conducta que generó la privación de la libertad fue la venta.

Los verbos rectores mencionados coinciden con los encontrados en el estudio de Sánchez-Mejía *et al.* (2018). En dicho estudio se estableció que las conductas cometidas con mayor frecuencia fueron: la venta en un 43,4%, el transporte en un 41,2% y el almacenamiento en un 15,8% (p. 69). Es importante señalar que en algunos casos, además del tipo penal de tráfico, fabricación o porte, se imputa el delito de concierto para delinquir y, en consecuencia, al existir concurso, la pena se incrementa hasta en otro tanto²⁶. Esta podría ser una de las razones por las que el delito de concierto para delinquir es el segundo delito, con un 32,5%²⁷, por el que las mujeres se encuentran privadas de la libertad. En síntesis, la mayoría de mujeres están condenadas por la venta de droga al menudeo y el microtráfico, siendo su función dentro de la empresa criminal limitada y débil.

En relación con el tipo de droga, es importante señalar que en el estudio de los expedientes judiciales se evidenció a la cocaína como la droga con mayor frecuencia. Esta apareció en 12 procesos judiciales, seguida de la marihuana en 8. La pasta de coca y el bazuco, cada una apareció en un

26 La combinación de los dos delitos (tráfico, fabricación y porte de estupefacientes con concierto para delinquir) es una de las más comunes en el sistema judicial (CITA TRIANA & GONZÁLEZ AMADO, 2017, p. 236).

27 Del total de a internadas (8.210), 3.754 de las mujeres privadas de la libertad (sindicadas 2.464 y condenadas 1.290) (INSTITUTO PENITENCIARIO Y CARCELARIO, 2019).

proceso penal y en dos procesos se menciona la heroína. Es importante resaltar que estas sustancias también fueron relacionadas en las entrevistas realizadas en la Cárcel de Mujeres de Bogotá. Sin embargo, en las entrevistas se evidenció que en las capturas por orden judicial no todas las mujeres tenían drogas consigo.

Los tipos de drogas que se hallaron en los expedientes judiciales coinciden con las mencionadas en el estudio de Sánchez-Mejía *et al.*, aunque en este último la marihuana tiene la mayor frecuencia (53,3%), seguida de la cocaína (29,3%), el bazuco (28,9%), la pasta o base de coca (4,4%) y la heroína (3,6%).

En cuanto a la cantidad de droga encontrada al momento de la captura, se evidenció en el estudio de los 23 expedientes que la mayoría de las mujeres tenía en su poder poca cantidad de droga en relación con la incautada a los traficantes de estas sustancias. Dos de las 23 condenadas no llevaban droga consigo y de las 21 restantes se encontró, con menos de 50 gramos de cocaína a cuatro mujeres, entre 200 y 315 gramos a otras cuatro mujeres, y entre 1.650 y 2.085 gramos a tres mujeres. En relación con la cantidad de marihuana, se encontró entre 150 y 357 gramos a seis mujeres y a una con 693. Dos mujeres fueron capturadas con heroína, una con 92 gramos y la otra con 1.168; y una mujer con 3.800 gramos de bazuco. También, en las entrevistas realizadas a las seis mujeres que manifestaron haber sido capturadas con droga en su poder²⁸ se evidenció baja cantidad: dos mujeres con menos de 50 gramos de marihuana, una mujer con 47 gramos de cocaína, una mujer con 100 gramos de bazuco, y dos mujeres con 900 y 1.800 gramos de cocaína.

28 Las demás mujeres manifestaron, en la entrevista, que no se les encontró droga al momento de su captura.

Fueron pocos los casos en los que se condenó a las mujeres por tener más de 1.000 gramos de cocaína o de otra droga. La mayoría de estos casos se presentan en el aeropuerto al tratar de sacar la droga fuera del país. De los expedientes y de las entrevistas se muestra que gran parte de las mujeres son capturadas con bajas cantidades de estupefacientes, en especial en casos en los que la captura se dio al ingreso a los establecimientos carcelarios de hombres, ya que la mujer utiliza la cavidad vaginal como bodega²⁹.

Los anteriores hallazgos confirman que la participación de la mujer en el mercado de los estupefacientes se restringe a ser uno de los eslabones más vulnerables del mismo, en tanto que esta asume múltiples riesgos y altos costos familiares, sociales y económicos por llevar consigo, transportar o vender bajas cantidades de marihuana o derivados de la cocaína, comparados con la cantidad incautada a otros miembros de la empresa criminal.

5. ALGUNAS TENDENCIAS DENTRO DEL PROCESO PENAL POR TRÁFICO, FABRICACIÓN Y PORTE DE ESTUPEFACIENTES SEGUIDO A LAS MUJERES EN ESTE ESTUDIO

5.1. Procesos en flagrancia

Como lo menciona el estudio de Uprimny, Chaparro Hernández y Cruz Oliveira (2017a), este delito se caracteriza por que el 94,9% de las capturas se producen en flagrancia, mientras que para los demás delitos esta clase de captura

29 Entrevista realizada en la Cárcel de Mujeres de Bogotá, a una mujer de 51 años de edad, el 19 de abril de 2018 (CAICEDO, 2017, p. 56).

disminuye al 83,4 %³⁰ (p. 36). Según este mismo estudio, el 91 % de las personas capturadas por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes son hombres y solamente el 9 % son mujeres (p. 37)³¹.

Del análisis de los expedientes se evidenció que trece procesos iniciaron por captura en flagrancia y nueve procesos por orden judicial. Mientras que, en las entrevistas realizadas, dada la percepción de las mujeres, todas (19) hicieron referencia a la captura, sin ninguna discriminación. Sin embargo, en este caso, dado los relatos sobre las circunstancias de lugar y modo, parecería que nueve mujeres fueron capturadas en flagrancia y trece por orden judicial.

En general en los delitos relacionados con estupefacientes, la mayoría de procesos inician por flagrancia y por ello, en estos delitos, se presenta una tasa de imputación mayor a la de otros. Así lo demuestra el estudio de La Rota y Bernal Uribe (2014) al señalar que la tasa de imputación para la totalidad de casos que entraron a la Fiscalía entre 2005 y 2012³² fue cercana al 8 %, mientras que para el porte de estupefacientes fue del 37 % (La Rota & Bernal Uribe, 2014, p. 35). Esta modalidad de captura también influye en las altas tasas de “eficacia” que maneja la Fiscalía, ya que, según este mismo estudio, se “reportan condenas equivalentes al 66 %” de las imputaciones para estos delitos (p. 39). En comparación con otros delitos, los de estupefacientes tienen una tasa de condena del 24 % en relación con los ingresos

30 Coincide con el estudio del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO (2016): “Las capturas realizadas por la Policía Nacional para este delito, entre 2012 y mayo de 2015, se realizan en un 94 % en circunstancias de flagrancia y el restante, 6 %, por orden judicial”.

31 Véase también MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO (2016).

32 Investigación realizada entre enero 2005 y mayo de 2012 por LA ROTA & BERNAL URIBE (2014, p. 35).

de procesos a la Fiscalía, es decir, esta tasa es “mucho más alta que el promedio para todos los delitos, que es de 4,5 %” (La Rota & Bernal Uribe, 2014, p. 39).

De otra parte, es importante mencionar que la flagrancia presenta una desventaja en general para quienes han sido capturados por esta modalidad, y es que, en el caso de aceptar cargos en la audiencia de imputación, los procesados no tendrán derecho a la rebaja de hasta la mitad de la pena imponible, como lo dispone el inciso primero del artículo 351 del Código de Procedimiento Penal. Es decir, se sanciona la captura en flagrancia al permitir máximo una reducción del 12,5 % de la pena, de conformidad con parágrafo del artículo 301 del mismo código³³. Situación a la que se encuentran sometidas las mujeres que ingresaron al sistema penal por esta modalidad de captura.

5.2. La defensa técnica: aceptación de cargos o preacuerdo

Del análisis de expedientes se evidenció que una vez se presenta la captura, el abogado defensor que asiste a las mujeres para garantizar la defensa técnica es público en la etapa de legalización de captura e imputación. Solo en dos de los 23 procesos estudiados el abogado, desde la legalización de la captura, fue de confianza. En cinco procesos, hasta antes de la sentencia, se sustituyó el abogado de la Defensoría del Pueblo por uno de confianza.

Ahora bien, de las entrevistas realizadas a mujeres diez entrevistadas afirmaron haber tenido un abogado de la Defensoría del Pueblo desde el inicio de las actuaciones judiciales,

33 Ley 906 de 2004, artículo 301, Captura en Flagrancia, Parágrafo, señala: “La persona que incurra en las causales anteriores sólo tendrá $\frac{1}{4}$ del beneficio de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004”.

y nueve manifestaron que su abogado fue de confianza desde ese momento procesal. Ya en la etapa de ejecución de la pena la mayoría de los abogados son públicos.

Del análisis de los expedientes y las entrevistas se confirmó que la defensa técnica se restringe a la aceptación de cargos y a la realización de un preacuerdo. Teniendo en cuenta que la mayoría de procesos inician por flagrancia, y que se trata de un delito con una gran cantidad de pena, la mayoría de las mujeres escogen estas figuras procesales para acceder a los descuentos punitivos correspondientes.

De las nueve mujeres condenadas (de las 19 entrevistas realizadas), seis aceptaron cargos y tres hicieron un preacuerdo. De las restantes 10 mujeres (de las entrevistas) que eran imputadas sin condena, cuatro de ellas manifestaron que aceptaron cargos, tres que hicieron preacuerdo y las tres restantes se fueron a juicio, pese a que su abogado defensor les había recomendado aceptar cargos para evitar la cantidad de pena a imponer en caso de ser condenadas.

De los 23 procesos analizados, en once hubo aceptación de cargos, en nueve preacuerdos, y solo en tres casos juicio oral. En estos últimos casos, aunque el defensor hizo uso de las garantías propias del juicio, hubo condena. Sobre este particular vale la pena mencionar el estudio de La Rota y Bernal Uribe (2017), que señala que al estar el delito de porte de estupefacientes dentro de aquellos delitos que inician por flagrancia, estos presentan bajas tasas de absolución (p. 41)³⁴.

De los datos de las entrevistas se encontró que algunas mujeres se quejaban por no haber podido ejercer su derecho

34 Tal como lo mencionan LA ROTA y BERNAL URIBE (2014), los delitos de estupefacientes tienen tasas de condena que corresponden al 24 % de los ingresos, mucho más altas que el promedio para todos los delitos, que es de 4,5 % (p. 39).

de defensa, por lo que se vieron obligadas a aceptar cargos. Sobre todo, en los casos de allanamiento a inmuebles, ya que en dicho lugar no es claro definir los espacios de habitación de cada persona y en el evento de encontrar droga, esta se la atribuyen a los mayores que habitan en el lugar, así no todos sean responsables de ella. Incluso, en el caso de no encontrar droga, se capturan a todos los mayores de edad que habitan en el inmueble, porque ya la policía lleva la orden judicial de la existencia de un expendio. Así lo manifestó Martha:

Llegó en la madrugada la policía y nos sacó de la casa, no encontraron droga, pero nos inculparon a todos. Ahí vivía otra gente y mi hermano y sobrinos. Yo no quería que metieran a mis hijos adolescentes ni nada, así que me dijeron que lo mejor era que aceptara los cargos³⁵.

Lo más probable es que en estos casos el abogado les haya recomendado la aceptación de cargos, por la dificultad de demostrar la inocencia de las mujeres y para evitar una pena mayor en el evento de irse hasta el juicio.

Ahora bien, del análisis de expedientes se encontró algunos ejemplos del limitado ejercicio del derecho de defensa técnico. Uno de estos es la ausencia de la interposición del recurso de apelación de la sentencia. Es importante mencionar que en 16 procesos de los 23 estudiados no hubo interposición del recurso de apelación. Esta situación podría ser consecuencia (en la mayoría de los casos) de la aceptación de cargos o la realización de preacuerdos

35 Entrevista n.º 3 realizada a Martha, mujer de 41 años, sindicada por el delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes, el 24 de abril de 2018 en la Cárcel de Mujeres de Bogotá. En el mismo sentido, entrevista n.º 18, a Carol, de 50 años, sindicada por el delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes, el 18 de abril de 2018, en la Cárcel de Mujeres de Bogotá.

por parte de las internas. En siete procesos se interpuso el recurso de apelación, pero en tres no se sustentó, por lo que se declaró desierto. Dos de los recursos interpuestos fueron confirmados por el Tribunal Superior y los otros dos se resolvieron a favor de las condenadas. De ellos, en uno hubo una disminución considerable de la pena, dado que la condena pasó de 144 meses de prisión a 108 meses; y en el otro proceso, la segunda instancia le concedió a la interna la prisión domiciliaria.

En los procesos en los que no hubo interposición del recurso de apelación, se observó que en algunos de ellos la defensa pudo haber intentado obtener un descuento punitivo superior al que le concedió el juzgado al momento de la condena. Por ejemplo, en uno de los casos, en la imposición de la pena el juzgado no descontó hasta una cuarta parte ($1/4$) de la pena, sino solo hasta una octava parte ($1/8$), lo que le permitía a la defensa alegar un mayor descuento punitivo. En este caso la pena impuesta fue de 94 meses de prisión, tasada por el juez con un descuento de una octava parte ($1/8$), mientras que, si se hubiese aplicado una cuarta parte ($1/4$), tal como lo establece el parágrafo del artículo 301 del C. P. P., la pena de prisión hubiese sido de 81 meses. Esto es un año y un mes menos de pena. Es cierto que el juez al momento de tasar la pena tiene la discrecionalidad de imponer hasta una reducción de una cuarta parte ($1/4$), pero también es cierto que la defensa podría interponer el recurso de apelación en busca del reconocimiento de la reducción de la $1/4$ parte, teniendo en cuenta que no existiría la *reformatio in pejus*³⁶ en este caso.

36 Se trata de la prohibición de reformar en peor la providencia cuando se trate de apelante único. La Corte Constitucional, sobre este principio, ha manifestado: "la prohibición de la *reformatio in pejus* se torna en un principio constitucional con carácter de derecho fundamental para el apelante único,

En las entrevistas realizadas se percibió poca comunicación entre el defensor público y las internas, lo que debilita la defensa como “unidad inseparable entre el procesado y el defensor”³⁷, ya que no existe una retroalimentación clara y permanente entre estos dos sujetos del proceso, lo que afecta el derecho de defensa técnico y material.

Las internas en las entrevistas evidenciaron no tener claridad de las etapas procesales y de las decisiones de los funcionarios judiciales a lo largo del procedimiento. Muchas de las internas actúan en el proceso según la recomendación de sus compañeras de patio. Así, al preguntarles en la entrevista si apelaron o no la medida de aseguramiento, varias de ellas manifestaron que no lo hicieron ya que sus compañeras de patio les recomendaron no hacerlo. Algunas internas manifestaron lo siguiente: “No apelé porque mientras estoy como sindicada, así sea por un año o más, usted nunca va a cambiar de fase aquí y la apelación se demora mucho”. “Apelé pero yo la retiré porque me dio susto que me aumentaran la pena”³⁸. “No apelaría porque en el caso que pierda me triplican la condena”³⁹.

por haberlo incansablemente profesado esta Corporación. En sana lógica, es evidente que quien recurre una decisión, solo lo hace en los aspectos que le resultan perjudiciales. La situación del apelante puede mejorarse, pero nunca hacerse más gravosa. Cobra, por supuesto, mayor vigor esta garantía cuando quiera que se trate de actuaciones penales, pues si el apelante es único frente a una sentencia de condena, es claro que su objetivo es lograr que se mejore su situación disminuyendo la pena, pero jamás, que se empeore” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-291 del 6 de abril 6 de 2006).

37 Corte Constitucional, Sentencia de tutela n.º 1137 de 2004, y Corte Suprema de Justicia, Sentencia 37659 de 2011.

38 Entrevista n.º 8 realizada a Melisa, mujer de 42 años condenada por tráfico fabricación y porte de estupefaciente, el 22 de marzo de 2018, en la Cárcel de Mujeres de Bogotá.

39 Entrevista n.º 4 realizada a Juliana, mujer de 27 años, sindicada por el delito de tráfico fabricación y porte de estupefaciente, el 23 de marzo de 2018, en la Cárcel de Mujeres de Bogotá.

En otra oportunidad, una interna mencionó que durante el proceso no se le impuso detención preventiva, por lo que creyó que no sería condenada con pena de prisión en centro de reclusión, dada la poca cantidad de marihuana que llevaba consigo, es decir, ella pensó que estaría en libertad permanente. Teniendo en cuenta que no hubo comunicación con el defensor, la condenada no asistió a la audiencia de lectura de fallo, por lo que no se enteró de la condena y le sobrevino una captura sorpresiva⁴⁰.

Escenario similar ocurre con la solicitud que debe hacer el defensor frente al beneficio de la prisión domiciliaria, pues en los casos en los que la procesada tiene la condición de madre cabeza de familia, la prueba demostrativa no llega al proceso de manera oportuna, por lo que se pierde el beneficio en la sentencia. Lo mismo sucede con la solicitud del permiso de trabajo en caso de prisión domiciliaria⁴¹.

Otra situación que se evidenció, de la poca comunicación entre la acusada y su defensor, es que este último no cuenta con las herramientas jurídicas probatorias que debe entregar la procesada para alegar las circunstancias de menor punibilidad. Lo anterior, teniendo en cuenta que el motivo principal por el que estas mujeres cometieron este delito fue conseguir dinero para sobrellevar su situación de vulnerabilidad (Sánchez-Mejía *et al.*, 2018, p. 66). El defensor podría alegar el artículo 56 del C.P.: “Profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extrema”, ya que en este caso la pena a imponer será “*no mayor de la mitad del máximo, ni menor de la sexta parte del mínimo* de la señalada

40 Entrevista n.º 11 realizada a Beatriz, mujer de 40 años, condenada por el delito de tráfico fabricación y porte de estupefacientes, el 23 de marzo de 2018, en la Cárcel de Mujeres de Bogotá.

41 Información obtenida de los procesos penales estudiados en los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2018.

en la respectiva disposición⁴² [cursivas añadidas]. Sin embargo, esta circunstancia de atenuación, y las contenidas en el numeral 4 y 8 del artículo 55 del Código Penal⁴³, no son refutadas por el defensor ni tampoco tenidas en cuenta por la Fiscalía o por el juez al momento de imponer la pena. Así se evidenció en las entrevistas realizadas y en los procesos analizados.

5.3. Algunas consideraciones con relación a la marginalidad, la ignorancia o la pobreza extrema

5.3.1. Imputación de circunstancias de menor punibilidad contenidas en el artículo 56 del C.P. y prohibición de preacuerdo por parte de la Fiscalía General de la Nación

La Fiscalía General de la Nación, a partir del 23 julio de 2018, expidió la Directiva 001 sobre lineamientos generales para imputar o preacordar circunstancias de menor punibilidad, contenidas en el artículo 56 del C.P. En esa directiva, dicha institución señaló que el fiscal

42 También se podría alegar el numeral 4 del artículo 55 del C.P., esto es, “la influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible”, o en algunos casos, el numeral 8 del mismo artículo “La indigencia”. Aunque en el sistema penal colombiano, “contrario a toda lógica, los atenuantes genéricos no sirven para atenuar, pues con su concurrencia o su ausencia se mantiene el mismo ámbito de movilidad punitivo” (TAMAYO PATIÑO, 2012, p. 18). El profesor Tamayo considera válida la propuesta de Fernando Velásquez Velásquez (2009) al señalar que cuando solo concurren atenuantes la pena debe asignarse por debajo del mínimo para de esa forma dar sentido a los postulados de razonabilidad y proporcionalidad (p. 1128).

43 Artículo 55 del Código Penal, Circunstancias de menor punibilidad, numeral 4, “La influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible”; y numeral 8, “La indigencia o la falta de ilustración, en cuanto haya influido en la ejecución de la conducta punible”.

deberá determinar con precisión cuál o cuáles de las tres circunstancias de menor punibilidad contenidas en la norma se configuran en el caso concreto (marginalidad, ignorancia o pobreza extremas), pues se trata de tres presupuestos jurídicos distintos que requieren diferentes ingredientes fácticos y probatorios para su estructuración. Es decir, no se podrá invocar indiscriminadamente estos conceptos como un género [cursivas añadidas] (Directiva 001 del 23 de julio de 2018, numeral 1, literal A).

Además, en el numeral 3 y 4 de la citada directiva, se reitera que es el fiscal quien debe explicar los fundamentos fácticos y jurídicos que permiten inferir que dichas circunstancias influyeron directamente en la ejecución de la conducta punible⁴⁴; e indicar los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida que las soporta⁴⁵. Solo con esas precisiones el fiscal podrá hacer la imputación de las circunstancias de menor punibilidad mencionadas. También establece la citada directiva, que en los casos de delitos que afectan, entre otros, el bien jurídico de la salud pública, el fiscal “deberá informar sobre el particular al respectivo Director Seccional o Especializado” (Directiva 001 del 23 de julio de 2018, numeral 7, literal A).

44 Fiscalía General de la Nación, Directiva 001 del 23 de julio de 2018, numeral 3, literal A: “Verificado lo anterior, el Fiscal Delegado procederá a presentar los argumentos fácticos y jurídicos que en el caso concreto dan lugar a la configuración de la circunstancia de menor punibilidad que se alega, los cuales NO se podrán limitar a la indicación de la ocupación, el grado de escolaridad, o el lugar de domicilio del indiciado”. El numeral 4, literal A, de la misma directiva, señala que el fiscal: “explicará los fundamentos fácticos y jurídicos que permiten inferir razonablemente que tales circunstancias (marginalidad, ignorancia o pobreza extremas) influyeron directamente en la ejecución de la conducta punible”.

45 Fiscalía General de la Nación, Directiva 001 del 23 de julio de 2018, numeral 5, literal A: “Indicará con claridad los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida en los que se soporta la imputación de la circunstancia de menor punibilidad alegada”.

Ahora bien, la misma directiva establece una prohibición cuando se trate de imputaciones sobre conductas que afectan el bien jurídico de la salud pública⁴⁶, y es que “el Fiscal Delegado *no* podrá precordar ninguna circunstancia de menor punibilidad contenida en el artículo 56 del Código Penal” [cursivas del original]. Dicho en otras palabras, para el caso del delito de tráfico, fabricación y porte de estupefaciente, la Directiva 001 de 2018 establece el deber de la Fiscalía de determinar para la imputación las circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza del artículo 56 del C.P., ya que una vez imputadas estas, la fiscalía no podrá precordarlas.

De ahí que se espere que la Fiscalía, al momento de hacer la imputación del delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes, también haga la imputación de las circunstancias de vulnerabilidad y, de esta manera, aplique las normas penales para este caso. Del mismo modo se espera que los defensores aleguen estas circunstancias para que sean reconocidas al momento de la fijación de la pena.

En el mismo sentido, se espera una mayor actuación de los agentes del Ministerio Público dentro del proceso para que velen por la garantía del derecho de acceso a la justicia, debido proceso y demás derechos fundamentales de las mujeres que se encuentran en estado de vulnerabilidad y que son investigadas y enjuiciadas por el delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes. De los 23 expedientes analizados, en ninguno de ellos el Ministerio Público solicitó tener en cuenta las circunstancias de atenuación punitiva del artículo 56 del C.P. o las del artículo

46 Entre otros bienes jurídicos “administración pública, administración de justicia, seguridad pública o salud pública” (Fiscalía General de la Nación, Directiva 001 del 23 de julio de 2018, numeral 1, literal B).

55 del C.P. o alguna causal de exclusión de responsabilidad relacionada con esta realidad. La ausencia de una activa participación de los agentes del Ministerio Público en favor de los derechos de estas mujeres contrasta con el implacable ejercicio del derecho penal en estos casos⁴⁷.

5.3.2. Marginalidad, ignorancia o pobreza extrema: circunstancias para disminuir la sanción, incluso por debajo del monto mínimo previsto en el tipo penal. El caso Costa Rica

Resulta relevante mencionar la experiencia de Costa Rica sobre las circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza extrema como circunstancias de menor punibilidad. El 16 de enero de 2019 la Asamblea de Costa Rica modificó los artículos 71 y 72 del Código Penal (Ley 4573 del 4 de mayo de 1970) en lo relativo a la fijación de la pena.

En el artículo 71 del Código Penal se agregó el literal “g” al encabezado, de la siguiente manera:

El Juez, en sentencia motivada, fijará la duración de la pena que debe imponerse de acuerdo con los límites señalados para cada delito, atendiendo a la gravedad del hecho y a la personalidad del partícipe. Para apreciarlos se tomará en cuenta:

[...]

g) Que la persona sentenciada sea una mujer que se encuentre en estado de vulnerabilidad, por pobreza, por tener bajo su responsabilidad el cuidado y manutención de familiares dependientes, por discapacidad o por ser víctima de violencia

47 En muy pocos casos el agente del Ministerio Público coadyuvó a la petición de libertad solicitada por el defensor en la audiencia correspondiente.

de género, cuando ese estado haya influido en la comisión del hecho punible.

Y se modificó el artículo 72:

Cuando concurren circunstancias agravantes y atenuantes en el mismo hecho punible, el juez las apreciará por su número e importancia, de acuerdo con el artículo anterior.

Cuando concorra alguna de las circunstancias previstas en el inciso g) del artículo anterior y la mujer sentenciada no tenga antecedentes penales, *el tribunal de juicio podrá disminuir la sanción, incluso por debajo del monto mínimo previsto en el tipo penal* [cursivas añadidas].

La legislación penal de Costa Rica, a partir de 2019, reconoció de manera expresa en la mujer circunstancias de vulnerabilidad que influyen en la comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes o de cualquier otro, por motivo de: pobreza, responsabilidad del cuidado y manutención de sus hijos o de otros familiares; discapacidad y violencia de género. En consecuencia, dicha legislación permite la disminución de la pena, incluso por debajo del monto mínimo previsto en el tipo penal a discreción del juez.

De las consideraciones anteriores se puede concluir lo que sigue.

En Costa Rica se reconocieron las circunstancias de vulnerabilidad desde el 2019, y en Colombia estas, aunque fueron reconocidas expresamente⁴⁸ en la Ley 599 de 2000,

48 Estado de vulnerabilidad como atenuante específica, ya que existen otras causales de atenuación, como los numerales 4 y 8 del artículo 55 del C. P. El Código Penal reconoce causales de ausencia de responsabilidad, como el estado de necesidad consagrado en el artículo 32 del C. P., numeral 6.

no han sido aplicadas por los sujetos procesales (Fiscalía, agentes del Ministerio Público, defensor) ni por los jueces en estos casos. Es decir, en Colombia se han desconocido normas que hacen que el derecho penal sea justo. Es probable que la no aplicación de estas sea el resultado de la implementación desde finales de la década de 1980 de una política contra las drogas altamente punitiva y represiva (Galain Palermo, 2016).

En Colombia la disminución de la cantidad de pena, alegando las circunstancias de vulnerabilidad, es no menor de una sexta parte en el mínimo, ni mayor de la mitad del máximo, por lo tanto, el juez deberá respetar los límites punitivos establecidos al hacer la disminución. Mientras que en Costa Rica el juez tiene la facultad de imponer la pena por fuera del mínimo punitivo, a su discreción.

Por último, es importante señalar que en Colombia las circunstancias de vulnerabilidad pueden ser invocadas por hombres y mujeres, mientras que en Costa Rica la norma expresamente señala que se tendrá en cuenta el estado de vulnerabilidad en la mujer. En consecuencia, de presentarse las mismas circunstancias de vulnerabilidad⁴⁹ en el hombre, no tendría derecho a la aplicación de la disminución en la sanción. Situación que se debería considerar al estar ante mismos supuestos de hecho.

5.3.3. *Proyecto de Ley 093 de 2019*

Se encuentra en curso en el Congreso de la República el Proyecto de Ley 093 de 2019 que adopta “acciones afirmativas para mujeres cabeza de familia en materia de política

49 Que la citada norma expresa en el literal “g” del artículo 71 del Código Penal Costa Rica.

criminal y penitenciaria” y modifica y adiciona el Código Penal, la Ley 750 de 2002 y el Código de Procedimiento Penal y se dictan otras disposiciones”⁵⁰.

El proyecto propone obtener como medida sustitutiva de la pena de prisión el servicio de utilidad pública para las mujeres que se encuentran inmersas no solo en el tipo penal de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes (inciso 1 y 2) sino en otros delitos, como hurto (Art. 239 del C.P.), conservación y financiación de plantaciones (Art. 375 del C.P.), destinación ilícita de muebles e inmuebles (377 del C.P.) y aquellos tipos penales cuya pena impuesta sea igual o inferior a seis (6) años de prisión.

Esta iniciativa legislativa señala que la medida sustitutiva se otorgará siempre que “se demuestre por cualquier medio de prueba que la comisión del delito está asociada a condiciones de marginalidad que afecten la manutención del hogar y cumplan con los requisitos establecidos”⁵¹ en el mismo.

Ahora bien, sobre los requisitos resulta importante señalar que el proyecto establece en el artículo segundo y sexto, entre otros, los siguientes: que la condena sea por los delitos antes mencionados, siempre que el juez considere que no es necesaria la ejecución de la pena de prisión en establecimiento de reclusión, de conformidad con los antecedentes personales, sociales y familiares; que la condenada no tenga antecedentes judiciales dentro de los cinco (5) años anteriores a la comisión del delito, salvo que se trate de delitos culposos o que tengan como pena principal la multa, a menos que el juez considere que sus antecedentes personales, sociales y familiares son indicativos

50 Este proyecto fue presentado por el senador de la República Rodrigo Lara Restrepo, del partido político Cambio Radical.

51 Artículo 2 del Proyecto de Ley 093 de 2019.

de que no es necesaria la pena privativa de la libertad en establecimiento de reclusión; que el juez, atendiendo a la gravedad de la conducta, la personalidad de la condenada y su comportamiento anterior y posterior a la comisión del delito, pueda inferir que no existe necesidad de ejecutar o continuar con la ejecución de la prisión; que la condenada manifieste su voluntad de vincularse libremente a la pena sustitutiva; que se demuestren por cualquier medio probatorio los vínculos familiares de la condenada y se demuestre que ejerce la jefatura del hogar y que tiene bajo su cargo afectiva, económica y social, de manera permanente, hijos menores o incapaces; que la infractora no haya involucrado a sus hijos en actividades delictivas y que se garantice mediante caución el cumplimiento de compromisos con la justicia y la víctima⁵².

Adicional a lo anterior, el artículo décimo del proyecto establece que el juez de conocimiento o el de ejecución de penas, podrá exigir a la condenada el cumplimiento de uno o varios de los siguientes requisitos: no ir a ciertos lugares;

52 a) No cambiar de residencia sin autorización previa del funcionario judicial que vigile la ejecución de la sentencia; b) Reparar, dentro del término que fije el juez, los daños ocasionados con el delito, salvo que se demuestre la insolvencia de la condenada. El pago de la indemnización puede asegurarse mediante garantía personal, real, bancaria o mediante acuerdo con la víctima; c) Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello o en los términos acordados en el plan de servicios; d) Cumplir con el plan de servicios acordado con la entidad por medio de la cual prestará los servicios de utilidad pública. e) Comprometerse a mantener un rendimiento óptimo con arreglo a los requerimientos de la entidad o institución en la cual prestará los servicios de utilidad pública. f) Comparecer semanal y personalmente ante el CAI o cuadrante más cercano al lugar de residencia de la condenada, para que reporte los avances en la prestación del servicio de utilidad pública. Además, se presentará al cuadrante o CAI más cercano del lugar donde prestará el servicio de utilidad pública cada mes. La prestación de esta caución se entenderá también para el cumplimiento de los requisitos adicionales del artículo 38-M del presente código y se deberá suscribir la correspondiente diligencia de compromiso.

no salir del país sin previa autorización del funcionario encargado de la ejecución de la pena; participar en programas especiales de tratamiento para superar problemas de dependencia a bebidas alcohólicas o sustancias psicoactivas; someterse a un tratamiento médico, o psicológico; colaborar en el tratamiento para la recuperación de las víctimas, si estas lo admitieren; dejar las armas y abstenerse de participar en actos delincuenciales, y, observar buena conducta.

El proyecto señala que el servicio de utilidad pública consistirá en el servicio no remunerado que, en libertad, presten las madres cabeza de familia condenadas, a favor de instituciones públicas, organizaciones sin ánimo de lucro y no gubernamentales, en el lugar de su residencia. Será el juez de conocimiento o el juez de ejecución de penas, según el caso, previo consentimiento de la condenada, quien podrá hacer la sustitución de la pena de prisión y establecerá la cantidad de horas al momento de dictar la sentencia, o en cualquier momento dentro de la ejecución de la misma⁵³.

Ahora bien, resulta interesante esta iniciativa legislativa por aplicar el servicio de utilidad pública como una medida sustitutiva de la pena de prisión para estas mujeres por conductas delictivas diferentes al tráfico, fabricación y porte de estupefacientes (inciso 1 y 2). Y es interesante por el reconocimiento en la jurisdicción penal ordinaria (no transicional) de una sanción penal diferente al encarcelamiento; del principio de necesidad de la pena; de la situación de marginalidad que viven las mujeres en nuestro

53 El juez dosificará el número de horas de prestación del servicio, teniendo en cuenta los siguientes criterios: un número mínimo de cinco horas y un máximo de 20 horas a la semana; un número máximo de horas diarias, no superior a ocho; la no interferencia con la jornada laboral o educativa de la condenada y el lugar de residencia del núcleo familiar de las personas que están a cargo de la mujer cabeza de hogar (Art. 5 del proyecto).

país, y de la precaria situación en el ámbito económico y afectivo que enfrentan los hijos y las familias de la madre privada de la libertad en un establecimiento carcelario.

Sin embargo, se cuestiona: la imposibilidad de remuneración del servicio de utilidad pública cuando el mismo proyecto pone en consideración las condiciones de marginalidad que afecten la manutención del hogar. También resulta cuestionable el exceso de requisitos para lograr la sustitución de la pena de prisión y los distintos compromisos a los que se debe someter la condenada para hacer efectiva dicha medida. Es inaceptable el requisito que atiende a la gravedad de la conducta, más en el caso de que la medida se evalúe con posterioridad a la condena, ya que esta, fue valorada al momento de la imposición de la misma, por lo que ya no debería ser objeto de evaluación. Tampoco deberían ser tenidos como requisitos criterios como el de personalidad de la condenada y su comportamiento anterior y posterior a la comisión del delito, ya que estos obedecen a condiciones internas que no son de fácil comprobación empírica por parte del funcionario judicial y, en consecuencia, afectan el principio de determinación de la pena en la fase de ejecución (Ferrajoli, 2014, p. 408).

De otra parte, el proyecto le otorga un alto grado de discrecionalidad a los funcionarios judiciales encargados de la ejecución de la pena que podría resultar arbitrario, más si los requisitos quedan sujetos a pronósticos de peligrosidad que han sido criticados por su elevada falibilidad (Lascurraín, Arroyo & Pérez, 2016, p. 56).

Por último, si bien la medida de sustitución de la prisión en establecimiento carcelario por el servicio de utilidad pública a las mujeres cabeza de familia obedece a condiciones de marginalidad, esto no excluye la aplicación de las circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza extrema contenidas en el artículo 56 del C. P.

5.4. El encierro: la principal medida de aseguramiento y la pena a imponer

Del estudio de los expedientes se observó que, en 16 de los 23 procesos, se impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario. En dos de estos, se sustituyó la medida de detención preventiva en centro de reclusión por la medida de detención domiciliaria (art. 307 del C. de P.P.). Así mismo, en las entrevistas realizadas se encontró que, a 17 de las 19 mujeres, se les impuso medida de aseguramiento intramuros, y solo en un caso, se sustituyó esta por la medida de aseguramiento en su domicilio. Como se mencionó, la privación de la libertad en establecimiento carcelario por estos delitos tiene un efecto diferenciador con relación a los hombres. La mayoría de estas mujeres son madres y algunas tienen a su cargo familiares diferentes a sus hijos, por lo que el encarcelamiento tiene efectos diferenciales y devastadores para el mantenimiento de la familia (Uprimny, Martínez, Cruz, Chaparro, & Chaparro, 2016, p. 6).

Esta situación demuestra una tendencia por parte de los jueces de garantías: la imposición de la detención preventiva en establecimiento carcelario para el delito de tráfico, fabricación y porte de estupefaciente. Estos funcionarios judiciales consideran que este delito es uno de los más graves del Código Penal y para ellos dejar en libertad a estas mujeres –durante el proceso penal– constituye un peligro para la seguridad de la sociedad (Art. 308 del C.P.P.). Aunque el delito de tráfico, fabricación y porte de estupefaciente cumple con el requisito procesal para imponer la detención preventiva en establecimiento carcelario, ya que tiene una pena superior a 4 años de prisión en el mínimo, el juez (por esta circunstancia) no está obligado a imponer esta medida. El juez debe ajustar la decisión de imponer la

detención preventiva privativa de la libertad a los cuatro límites sustanciales fijados por la Corte Constitucional: “La determinación inequívoca de los motivos por los cuales procede la restricción de la libertad (estricta legalidad de las medidas de aseguramiento), la excepcionalidad, proporcionalidad y gradualidad de las medidas aflictivas de la libertad personal” (Sentencia C-469 de 2016)⁵⁴. Además, con la entrada en vigencia de la Ley 1760 de 2015^[55], deberá probarse que el resto de medidas de aseguramiento (no privativas de la libertad) resultan insuficientes.

En consecuencia, no se cumple con la excepcionalidad de la detención preventiva garantizada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013, p. 60). Situación que confirma lo señalado por el estudio del Ministerio de Justicia y del Derecho sobre la detención preventiva en este delito:

En el 97 % de los casos los fiscales solicitaron privación de la libertad preventiva y en el 94 % de los mismos, los jueces la concedieron. Teniendo en cuenta los factores anteriormente analizados sobre la situación personal y familiar de la persona y su nivel de peligrosidad, se sugiere que la detención preventiva en el país para los delitos de drogas se está aplicando

54 Además de los límites formales señalados por la Corte Constitucional: reserva de legalidad de las medidas privativas de la libertad y reserva judicial.

55 Esta ley tuvo como objetivo modificar el artículo 307 del C. P. P. de 2004, razón por la que incluyó dos párrafos. El primero estableció que el término de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad (intramurales o domiciliarias) no podrá exceder de un año. El segundo dispuso se debe probar que el resto de medidas de aseguramiento resultan insuficientes. También se modifican los artículos 308, 310 y 317 del mencionado C. P. P., en lo relacionado con el cumplimiento de los requisitos para que se cumplan las condiciones para establecer la detención preventiva, específicamente: la valoración de la medida, peligrosidad del imputado y las causales de libertad.

en contravía con los estándares que señalan que se debe tratar de una medida excepcional (Ministerio de Justicia y del Derecho. Observatorio de Drogas de Colombia, 2017, p. 166).

Como se analizó, aunque diversos estudios (Ministerio de Justicia y del Derecho, 2017; Uprimny, Martínez, Cruz, Chaparro, & Chaparro, 2016; entre otros) coinciden en que las mujeres hacen parte de los eslabones más débiles de la organización criminal y su actuar es no violento, los funcionarios judiciales, según los expedientes analizados, centran sus argumentos de privación de libertad en la peligrosidad de estas en la sociedad por la calidad del delito. De esta manera, se refuerza la percepción, equivocada, de que la defensa en libertad es injusta.

En cuanto a la cantidad de pena de prisión es importante mencionar que, según las entrevistas realizadas a nueve mujeres condenadas⁵⁶ que aceptaron cargos e hicieron preacuerdos, la pena promedio impuesta fue de 5 años y 2 meses. Esta cantidad de pena coincide con la encontrada en el análisis de los expedientes, ya que el promedio de la pena de prisión impuesta en las 20 condenadas que aceptaron cargos e hicieron preacuerdos⁵⁷ fue el mismo manifestado en las entrevistas.

Para las tres condenadas que no aceptaron cargos o hicieron preacuerdo, el promedio de pena de prisión fue de 10 años y 2 meses. La desproporción en la cantidad de pena, sobre todo en estos últimos casos, conlleva a que la aceptación de cargos sea la principal “defensa” en el sistema penal colombiano.

56 Seis mujeres aceptaron cargos y tres hicieron preacuerdos.

57 Condenadas que no tuvieron juicio.

5.5. Prisión domiciliaria

La prisión domiciliaria es un mecanismo que sustituye la prisión en establecimiento carcelario por la privación de la libertad en la residencia del condenado o en el lugar que el juez establezca. El Código Penal permite varias modalidades de prisión domiciliaria (Sánchez-Mejía *et al.*, 2018): la establecida en el artículo 38^[58], la establecida en el artículo 38G, por cumplimiento de la mitad de la condena; la establecida por el numeral 5 del artículo 314 del C.P.P., y la hospitalaria por enfermedad muy grave del artículo 68 del C.P.

Es importante hacer una distinción entre prisión domiciliaria y detención domiciliaria. La primera de ellas hace referencia a la reclusión que surge en los casos en los que la mujer ha sido condenada y su proceso ha cobrado ejecutoria, mientras que la segunda (como se analizó en acápite anterior) se refiere a los eventos en los que la procesada no ha sido vencida en juicio. Es decir, el proceso no se ha definido y a la imputada se le ha impuesto detención preventiva.

Así las cosas, se observa que nuestra legislación penal consagra las dos modalidades en el artículo 38, así:

La prisión domiciliaria como substitutiva de la prisión consistirá en la privación de la libertad en el lugar de residencia o morada del condenado o en el lugar que el Juez determine.

El sustituto podrá ser solicitado por el condenado independientemente de que se encuentre con orden de captura o privado de su libertad, salvo cuando la persona haya evadido voluntariamente la acción de la justicia.

58 Los requisitos de procedencia se encuentran contemplados en el artículo 38B del C.P.

Parágrafo. La detención preventiva puede ser sustituida por la detención en el lugar de residencia en los mismos casos en los que procede la prisión domiciliaria. En estos casos se aplicará el mismo régimen previsto para este mecanismo sustitutivo de la prisión.

Sin embargo, el artículo 68A del Código Penal consagra un listado de delitos, entre los que se encuentra el tráfico de estupefacientes, con el fin de que no se le conceda ni la prisión domiciliaria ni la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni ningún otro beneficio judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración estipulados en la ley.

Al estar incluido el tráfico de estupefacientes en la lista citada, se afecta de manera ostensible a las mujeres privadas de la libertad por este delito. Según el estudio de Sánchez-Mejía *et al.* (2018), los jueces de ejecución de penas señalaron que “en delitos relacionados con tráfico de estupefacientes, el listado no permite analizar el caso específico y el rol de la persona, por ello en muchos casos ‘una mula’ que llevaba algunos kilos y el ‘cabecilla’ reciben el mismo tratamiento” (p. 131).

Ahora bien, en el caso específico de madre o padre cabeza de familia, se otorga la prisión domiciliaria siempre que se acredite dicha calidad y se cumpla con los requisitos estipulados en el numeral 5 del Art. 314 y del Art. 461 del C.P.P. y los consagrados por la Corte Suprema de Justicia en SP7752-2017 del 31 de mayo de 2017^[59] y la

59 De acuerdo con la Corte Suprema de Justicia, “para acceder al mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria en los términos del artículo 314-5 de la Ley 906 de 2004, no basta con la demostración de que el condenado tenga la condición de padre o madre cabeza de familia. Es necesario, además, verificar el cumplimiento de los demás requisitos previstos en el artículo 1° de la Ley 750 de 2002, a efectos de determinar, en virtud de un juicio de ponderación,

Corte Constitucional en Sentencia T-084 del 5 de marzo de 2018^[60]. También se admite la sustitución de la prisión en establecimiento carcelario por prisión domiciliaria en los casos de madres gestantes, de conformidad con el numeral 3 del artículo 314 del C. P. P.

Es importante señalar que, de los 23 procesos analizados, a 13 mujeres se les impuso la pena de prisión sin suspensión condicional de la ejecución de la pena y sin prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión (Art. 38 del C. P.). De estas mujeres, seis manifestaron ser madres cabeza de familia⁶¹ y durante el tiempo de ejecución de la pena estas solicitaron en varias oportunidades la prisión domiciliaria. A cuatro de ellas, pese a las reiteradas solicitudes, se les

la prevalencia de los intereses superiores del menor sobre los fines estatales en la ejecución de la pena, en aras de establecer si el mayor peso abstracto de aquel principio en pugna se puede traducir en el contenido definitivo del derecho materializado a través de la concesión del beneficio reclamado” (Corte Suprema de Justicia, SP7752-2017, Radicación n.º 46277, 31 de mayo de 2017 [M. P. Patricia Salazar Cuéllar]).

60 “Así pues, la condición de madre cabeza de familia requiere la confluencia de los siguientes elementos, a saber: (i) que la mujer tenga a su cargo la responsabilidad de hijos menores de edad o de otras personas “incapacitadas” para trabajar[103]; (ii) que la responsabilidad exclusiva de la mujer en la jefatura del hogar sea de carácter permanente; (iii) que exista una auténtica sustracción de los deberes legales de manutención por parte de la pareja o del padre de los menores de edad a cargo; y (iv) que exista una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia. De igual modo, la verificación de las circunstancias anteriormente enunciadas debe realizarse en el marco de un procedimiento administrativo, que otorgue la plenitud de las garantías propias del derecho fundamental al debido proceso” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-084 de 5 de marzo de 2018 [M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado]).

61 Según la Ley 1232 de 2008, es mujer cabeza de familia quien, “siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar”.

negó el beneficio y solo a dos se les concedió el mismo. Entre los argumentos que algunos jueces esgrimieron para negar la prisión domiciliaria estaban la gravedad del delito y la percepción de mal ejemplo para los hijos de las internas.

En cuanto a la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión en centro de reclusión (Art. 38 del C.P.), es importante señalar que de las 23 mujeres condenadas, a ocho se les otorgó este beneficio en la sentencia y a 2 de ellas la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Del análisis de los expedientes se evidencia disparidad en la interpretación de los requisitos para ser madre cabeza de familia por parte de los jueces. Algunos de ellos consideran que la condenada debe probar para ser madre cabeza de familia, entre otros requisitos, que sus hijos están en total desprotección dentro del contexto familiar. Dicho en otras palabras, de existir un miembro de la familia extensiva, así este no tenga las condiciones para garantizar el ejercicio de los derechos de los hijos de la interna, como: la capacidad económica para la manutención o gozar de salud física o mental que posibilite el cuidado de los mismos, no se le reconoce la calidad de madre cabeza de familia, porque aún en estos eventos para los jueces la interna cuenta con el apoyo familiar. Se observó en los procesos judiciales que, si los hijos de la interna se quedaban con una abuela sin capacidad económica para mantenerlos o con una tía con un “trastorno” mental por esquizofrenia paranoide⁶², el juez no consideraba esta situación como una deficiencia sustancial de la ayuda familiar⁶³. Requisito, este último, para ser madre cabeza de familia.

62 Las dos situaciones fueron extraídas del análisis de dos procesos de mujeres condenadas por tráfico, fabricación y porte de estupefacientes.

63 Este es uno de los requisitos establecidos por la Corte Constitucional de Colombia, según Sentencia T-084 de 5 de marzo de 2018.

La interpretación equivocada de ciertos jueces a estos casos se da al inferir que el hecho de que las internas tengan un miembro de la familia extensiva que permanezca con los hijos, no las hace madre cabeza de familia. Y es equivocada tal interpretación, porque como lo mencionó la Corte Constitucional “la norma *no exige la ausencia del apoyo del grupo familiar sino la deficiencia del mismo*” [cursivas añadidas], por lo que hay que analizar si⁶⁴ “el tipo de ayuda que están recibiendo es realmente deficiente” (Sentencia T-483 de 25 de junio de 2012).

En este sentido es desatinado que la interna, para hacer valer la calidad de madre cabeza de familia, deba demostrar que no cuenta con ningún familiar y que su responsabilidad frente a los hijos es solitaria.

Otro de los argumentos por los que los jueces negaron la prisión domiciliaria a madres cabeza de familia es más procedimental, y tiene que ver con la oportunidad de alegación de esta calidad. Para fundamentar dicho argumento, los jueces lo sustentan con lo manifestado por la Corte Suprema de Justicia, al señalar:

Cuando el tema de prisión domiciliaria ha sido definido en la sentencia no podrá ser objeto de nuevo examen en la fase de ejecución de la pena, salvo que acontezca un tránsito legislativo que torne más favorable las exigencias para la concesión del subrogado penal (Auto 2 de marzo de 2005).

En consecuencia, si se decidió este asunto en la sentencia, no puede ser objeto de nuevo estudio. Y como se mencionó, con una limitada defensa es difícil que de manera oportuna

64 El texto no hace parte de la Sentencia T-483 de 25 de junio de 2012 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

se presente el sustento probatorio que fundamente la prisión domiciliaria.

Además es importante mencionar que, en los casos en los que el juez concede la prisión domiciliaria, la mayoría de las mujeres enfrentan en las familias necesidades económicas para mantener a sus hijos y, por ello, necesitan trabajar. Estas mujeres con gran esfuerzo logran conseguir un trabajo informal, por lo que no es fácil llevar al proceso un contrato laboral que demuestre la estabilidad de dicha propuesta. En consecuencia, algunos jueces niegan el permiso de trabajo. De los procesos analizados, una de las internas le solicitó al juez permiso para trabajar como vendedora ambulante de arepas para llevar algo de dinero a la casa y mantener a sus hijos. Sin embargo, al carecer de la formalidad y de los requisitos solicitados, el juez negó el permiso, y de esta manera desconoció la realidad que enfrentan la mayoría de estas mujeres: que antes de la privación de la libertad también trabajaban de manera informal.

5.6. Libertad condicional en los casos de extranjeras en tránsito

Es relevante mencionar que en el estudio de los expedientes se encontró la experiencia de Andrea, una mujer extranjera que fue capturada en el aeropuerto por llevar cocaína. El juez le concedió la libertad condicional al cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 64 del C. P., entre ellos, haber cumplido con las tres quintas partes de la pena y haber demostrado un buen comportamiento durante el tratamiento penitenciario y arraigo familiar y social. Requisito este último, en general, con un altísimo grado de dificultad para su cumplimiento en el caso de extranjeros (hombres y mujeres) en tránsito.

En libertad condicional esta mujer le pidió al juez en reiteradas oportunidades permiso para salir de Colombia, con el fin de cumplir en su propio país el beneficio citado, ya que se encontraba enferma y no tenía garantizados los derechos a la salud ni al trabajo. Andrea, en su momento, señaló que “le era imposible sobrevivir como extranjera en Colombia”. El Juez negó el permiso de salir del país, por lo que la mujer interpuso una tutela pidiendo la protección al derecho a tener una vida digna y el derecho a la salud, entre otros. El Tribunal le concedió la tutela y le ordenó al Ministerio de Relaciones Exteriores hacer la expulsión del país, de conformidad con el numeral 3 del artículo 104 del Decreto 4000 de 2004⁶⁵.

Si bien la expulsión del país de la mujer extranjera se dio en este caso por haber promovido la acción de tutela, esta debería ser una regla a seguir por los jueces de ejecución de penas en los casos de extranjeras condenadas por el delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes, ya que en su mayoría estas mujeres no cuentan con el arraigo social o familiar en Colombia. Como se mencionó, en ocasiones las extranjeras logran cumplir con este requisito para lograr la libertad condicional, pero una vez concedido les es imposible tener una vida digna ante la dificultad de conseguir trabajo y de contar con los mínimos servicios que garanticen el derecho a la salud. Los jueces de ejecución de pena, conscientes de estas dificultades, deberían aplicar el numeral 3 del artículo 104 del Decreto 4000 de

65 Decreto 4000 de 2004, artículo 104. “El Director del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, o sus delegados, sin perjuicio de las sanciones penales a las que hubiere lugar, podrá ordenar mediante resolución motivada la expulsión del territorio nacional, del extranjero que esté incurso en cualquiera de las causales mencionadas a continuación [...] 104.3. Haber sido condenado en Colombia a pena de prisión cuya sentencia no contemple como accesoria la expulsión del territorio Nacional”.

2004 ante la solicitud de la interna y no esperar a que sea ella la que interponga la tutela para que sea otro juez el que ordene la expulsión citada para garantizarle los derechos fundamentales⁶⁶.

De no hacerlo en estos casos se les estaría afectando, a mujeres y hombres extranjeros, el beneficio de libertad condicional, por no haber constituido un núcleo familiar y social en nuestro país.

5.7. Justicia restaurativa: una posibilidad

Resulta importante señalar que 2 mujeres de las 19 entrevistadas⁶⁷ manifestaron haber enviado al juzgado de ejecución de penas una comunicación de perdón público por el delito cometido. También, en dos de los 23 expedientes estudiados, se encontró dos comunicaciones de mujeres condenadas en el mismo sentido.

Luz, una de las internas entrevistadas, señaló: “Le envié al juez una carta de perdón y olvido por lo que cometí”. Y Juliana en el expediente escribió: “Pido perdón a Dios a la sociedad y a mi familia por lo que hice”. En dichas comunicaciones, además, las internas se comprometían a resarcir el daño y a no volver a delinquir. Sin embargo, Luz señaló sobre la comunicación en mención: “Nunca supe si llegó esa carta al proceso”. Juliana, por el contrario, logró que su comunicación de perdón y compromiso

66 “Hay varios ejemplos de políticas alternativas frente a las mujeres extranjeras que terminan cumpliendo el rol de correos humanos. En España, para penas de menos de seis años, la sentencia puede ser sustituida por su expulsión del territorio español. En Argentina, la ley permite la expulsión de las extranjeras no residentes al cumplir la mitad de la condena” (UPRIMNY, MARTÍNEZ, CRUZ, CHAPARRO, & CHAPARRO, 2016, p. 22).

67 En total se realizaron 19 entrevistas, de las cuales 9 fueron a mujeres condenadas.

con la comunidad se hiciera pública y dejó constancia en el juzgado de ejecución de penas de la fijación en edicto en la Alcaldía Mayor de Bogotá (Subdirección de Gestión Documental)⁶⁸. Luz invocó su petición como un acto de reparación a las víctimas, en tanto que citó el artículo 45.3 de la Ley 975 de 2005⁶⁹, Ley de Justicia y Paz, y el numeral 3 del artículo 27 del Decreto reglamentario No. 4760 de 2005. Sin embargo, su caso no era de los competentes de la Ley de Justicia y Paz.

Lo interesante de las comunicaciones de perdón o disculpas públicas es el deseo de las internas de reparar o restaurar el daño causado a la sociedad, en busca de una disminución o beneficio punitivo. Pareciera que el ofrecimiento de perdón y reparación de estas mujeres se presenta como consecuencia de los procesos de desmovilización de grupos armados ilegales en la construcción de paz y reconciliación en Colombia. Espacios en los que esta sociedad altamente punitiva ha innovado en medidas responsabilizantes distintas de las penales y ha logrado respuestas restauradoras y reparadoras ante graves infracciones contra los derechos humanos y el derecho internacional humanitario en el marco de una justicia transicional⁷⁰.

De ahí que no sea irracional ni el ofrecimiento que hacen estas mujeres ni pensar en una justicia restaurativa para

68 Tal como consta en el expediente núm. 18 revisado en los Juzgados de Ejecución de Penas, en Bogotá.

69 Artículo 45.3 de la Ley 975 de 2005: “El reconocimiento público de haber causado daños a las víctimas, la declaración pública de arrepentimiento, la solicitud de perdón dirigida a las víctimas y la promesa de no repetir tales conductas punibles”; numeral 3: “Que, en la petición elevada por el condenado ante el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, manifieste su compromiso de no reincidir en acto delictivo” (derogado por la Ley 1592 de 2012 y el Decreto reglamentario 3011 de 2013).

70 Ejemplos de ello son la Ley 975 de 2005, para la desmovilización de los paramilitares, y el Acuerdo de Paz con las Farc de 2017.

esta clase de delitos, que se caracterizan por ser no violentos, por la poca cantidad y el bajo nivel de distribución o venta de marihuana o cocaína⁷¹. Se trata de un caso en el que la noción de peligrosidad que acompaña al victimario en estos delitos queda en entredicho (O’Hear, 2009, p. 492).

Sin embargo, el ordenamiento colombiano no permite que estos casos de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes en los que se protege el bien jurídico de la salud pública sean objeto de un proceso restaurativo entre víctima, agresor y comunidad. Entre otras razones porque la víctima, que es la sociedad, resulta indeterminada y en esa medida no es posible el encuentro con el victimario, espacio que propicia la justicia restaurativa (O’Hear, 2009, p. 492). En principio, esta indeterminación imposibilita la identificación del daño y del contenido reparador, el cual presenta mayor dificultad por ser el delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes un delito de peligro. Así mismo, la indeterminación de la víctima impide identificar los beneficiarios que podrían ser objeto de la reparación o la restauración. En consecuencia, ante un sin número de indefiniciones, la obligación resulta ineficaz.

Es paradójico que la sociedad y el Estado que rechazan esta conducta y la consideran de alta gravedad al imponerle una gran cantidad de pena, desaparezcan al momento de la reparación, como si este delito no tuviera doliente o teniéndolo no le interesara la reparación del daño. En los procesos analizados no se encontró ninguna petición de la

71 La marihuana y la cocaína son el tipo de droga por el que la mayoría de mujeres se encuentran privadas de a libertad. Es importante mencionar que el transporte o almacenamiento es en pocas cantidades y bajo nivel de distribución (entrevistas realizadas en 2018 y análisis de expedientes). Véase también SÁNCHEZ-MEJÍA *et al.* (2018), CAICEDO DELGADO (2017) y UPRIMNY, GUZMÁN & PARRA (2012), entre otros.

Fiscalía, del Ministerio Público o de la víctima para iniciar el incidente de reparación.

El ordenamiento colombiano en estos casos debería permitir un proceso restaurativo y brindar herramientas para determinar el sujeto colectivo y reconocerlo como víctima. Este reconocimiento sería una base esencial para proceder a determinar otros procesos clave que conlleva la justicia restaurativa y reparadora, como son: la definición del daño, la construcción de propuestas restaurativas y reparadoras y la elección de los beneficiarios de las mismas. Procesos estos fundamentales para hacer eficaz el derecho. O'Hear (2009) propone que se identifique una comunidad como víctima y se nombren unos representantes para que sea posible y significativo el encuentro con el infractor como una oportunidad para contar el contexto en el que se produjo la infracción, y garantizar la responsabilidad del infractor. Además de propiciar con el encuentro otras acciones restauradoras y reparadoras del daño (p. 493).

Una justicia restaurativa permitiría el reconocimiento de la responsabilidad por el daño causado por el infractor, al tiempo que afirma la restauración del mismo, innova en formas de sanción diferentes a la privación de libertad, reconoce la vulnerabilidad acentuada de las mujeres infractoras, permite la reintegración de estas a la sociedad y previene la reincidencia.

6. CONCLUSIONES

Las mujeres privadas de la libertad por el delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes antes de ingresar al sistema penal ya estaban excluidas de la garantía de derechos, bienes y oportunidades. Dentro del proceso penal, el sistema desconoce e inaplica reglas que el mismo derecho penal consagra, como son, los factores o las circunstancias

de marginalidad, ignorancia, violencias previas o pobreza extrema, que hacen que el derecho penal sea justo.

La selectividad en el sistema penal, el patriarcalismo en el derecho y en especial en el derecho penal y la política represiva contra las drogas implementada por el Estado afectan el derecho de acceso a la justicia y el debido proceso en las mujeres investigadas, enjuiciadas y condenadas por el delito de tráfico, fabricación y porte de estupefaciente. En consecuencia, estas mujeres en el proceso penal se encuentran sometidas a un estado de indefensión que acrecienta la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran.

7. ALGUNAS RECOMENDACIONES

Teniendo en cuenta el estado de vulnerabilidad acentuado de las mujeres infractoras del delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes al que se encuentra sometida en el sistema penal, resulta necesario exponer algunas recomendaciones de política criminal para garantizar el derecho de acceso a la justicia y el debido proceso. También son recomendaciones que se podrían aplicar a los hombres en las mismas situaciones antes mencionadas.

- El Estado (Congreso, gobierno nacional y local, y el Consejo Superior de la Judicatura) debe garantizar los derechos económicos, sociales y culturales a las mujeres en nuestro país. Esta garantía se hace necesaria para su empoderamiento y constituye una medida de prevención de una política criminal integral y respetuosa de los derechos humanos. La prevención de los delitos de drogas relacionados, no solo es un deber de la rama judicial sino de todos los poderes públicos nacionales y locales. Más en países como el nuestro, en el que el conflicto armado interno ha

sido una constante y en el que la mujer ha sufrido consecuencias desproporcionadas (Moncayo Albornoz, 2015).

- El Consejo de Política Criminal debe articularse con el Congreso, la Fiscalía General de la Nación, el Consejo Superior de la Judicatura, el Ministerio Público, entre otros, para reducir el uso de la detención preventiva y promover la aplicación de otras medidas de aseguramiento. Así mismo, las medidas de aseguramiento deberán contemplar un enfoque de género (Sánchez-Mejía *et al.*, 2018).

- El Consejo Superior de Política Criminal, la Fiscalía General de la Nación, el Consejo Superior de la Judicatura y la Procuraduría General de la Nación deben promover, en los casos de vulnerabilidad en los que estas circunstancias influyen directamente en la comisión de delitos de drogas, la aplicación de alternativas al encarcelamiento, más si se trata de mujeres cabeza de familia (Sánchez-Mejía *et al.*, 2018, p. 149; Uprimny *et al.*, 2017a; y Moncayo Albornoz, 2016).

- Se hace necesario en los funcionarios del sistema penal (Policía Nacional, Fiscalía General de la Nación, jueces, agentes del Ministerio Público, entre otros) visibilizar y socializar los distintos riesgos a los que están expuestas estas mujeres (antes de la comisión del delito de drogas, en el proceso penal y penitenciario, y en la fase pospenitenciaria [Moncayo Albornoz, 2018]); y la situación de indefensión a la que se enfrentan en el sistema penal.

- Resulta esencial socializar explícitamente a los citados funcionarios el impacto devastador en los hijos y las familias de las mujeres condenadas por delitos de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en la implementación de una política contra las drogas altamente represiva. Impacto que resulta diferenciado y desproporcionado frente a los casos de hombres condenados por estos delitos.

- La capacitación permitiría reconocer en los funcionarios judiciales los criterios que la jurisprudencia (Corte

Constitucional y Corte Suprema de Justicia) ha establecido sobre los requisitos para ser madre cabeza de familia. De tal suerte que, quien (hombre o mujer) alegue ser cabeza de familia, no deba demostrar el abandono o desprotección de su hijo.

- La capacitación de los funcionarios judiciales sobre los citados riesgos a los que están expuestas estas mujeres permitiría, en el caso de las extranjeras en tránsito, que se aplique la libertad condicional sin necesidad de demostrar el requisito de arraigo familiar y social. Así mismo, permitiría la aplicación de la normatividad de expulsión del país sin necesidad de interponer una tutela para ello.

- Que se capacite a los funcionarios del sistema judicial sobre los criterios de participación y responsabilidad en la comisión del delito para que se apliquen los mismos en estos procesos. Por ejemplo, la socialización de la atenuante punitiva del artículo 56 del C.P., y de su inclusión en la Directiva 001 de 2018 expedida por la Fiscalía General de la Nación. La socialización de experiencias legislativas como la de Costa Rica, en la que las circunstancias de vulnerabilidad son tenidas en cuenta para que el juez imponga la pena, por fuera del mínimo punitivo, a su discreción o como la contenida en el proyecto de Ley 098 de 2019, en los que se establece el servicio de utilidad pública como medida sustitutiva de la prisión en establecimiento de reclusión. Lo anterior, con el fin de que los fiscales apliquen las circunstancias de vulnerabilidad en la imputación y que, de esta manera, el juez las reconozca al momento de la imposición de la pena.

- Se requiere el fortalecimiento de la defensoría pública por parte de la Defensoría del Pueblo. Además, de la socialización sobre la desproporción del impacto en contra de las mujeres, sus hijos y sus familias, es necesario fortalecer la defensa técnica capacitando a los defensores públicos

para que, en estos casos, su ejercicio se dé más allá de la aceptación de cargos para la reducción de la pena.

Así mismo, se requiere la implementación de un mecanismo de control y evaluación de la función de la defensoría pública en los procesos en los que el imputado, acusado o enjuiciado, es una persona vulnerable (Uprimny *et al.*, 2016).

- La Procuraduría General de la Nación debe capacitar a los funcionarios del Ministerio Público sobre la desproporción que soportan estas mujeres en el sistema penal. Además, dicha institución también debe implementar un mecanismo de control y evaluación de la función de los agentes del Ministerio Público, para que su desempeño sea más activo en la garantía de los derechos humanos y de los derechos fundamentales de estas mujeres.

- Se hace necesario hacer cambios legislativos para dar un tratamiento diferenciado a las distintas modalidades de delito relacionadas con mujeres y el tráfico y porte de estupefacientes, que actualmente están excluidos de la concesión de subrogados penales y beneficios administrativos. En relación con las medidas a imponer, se propone (Uprimny *et al.*, 2016; Caicedo, 2015):

- Desprisonalizar los delitos menores de drogas. En consecuencia, se propone se apliquen otras medidas distintas a la detención preventiva.

- Permitir un proceso restaurativo que brinde herramientas para determinar el sujeto colectivo víctima, con el fin de hacer factibles las propuestas restaurativas y reparadoras que hagan eficaz el derecho.

- Derogar la exclusión de los subrogados penales para estos casos de delitos de drogas (art. 68A del Código Penal).

- Otorgar la suspensión de la ejecución de la pena a las mujeres que han sido condenadas por primera vez por delitos relacionados con drogas.

- Establecer como una atenuante genérica de responsabilidad el que la conducta se cometa con ocasión de situaciones de violencia basada en género, como lo establece la legislación de Costa Rica. Lo anterior, teniendo en cuenta las victimizaciones previas a la comisión del delito que enfrentan estas mujeres.

- Para los casos de mujeres extranjeras en tránsito, establecer una excepción para excluirlas de la demostración del numeral 3 del artículo 64 del C.P., esto es, el arraigo familiar y social para la solicitud de libertad condicional. Esta recomendación también debería ser tenida en cuenta para el caso de los hombres.

8. REFERENCIAS

8.1. Bibliográficas

ARDILA SUÁREZ, E. E., & RUEDA ARENAS, J. F. (julio-diciembre de 2013). La saturación teórica en la teoría fundamentada: su delimitación en el análisis de trayectorias de vida de víctimas del desplazamiento forzado en Colombia. *Revista Colombiana de Sociología*, 36(2).

ARIZA, L., & ITURRALDE, M. (2017). Mujer, crimen y castigo penitenciario. *Política Criminal*, 12.

BOURDIEU, P. (1997). *Razones prácticas sobre la teoría de la acción*. Barcelona: Anagrama.

BUSO, G. (2002). Pobreza, exclusión y vulnerabilidad social. Usos, limitaciones y potencialidades para el diseño de políticas de desarrollo y de población. Recuperado de <http://www.redaepa.org.ar/jornadas/viii/AEPA/B10/Busso,%20Gustavo.pdf>

CAICEDO, L. P. (2015). La situación particular de las mujeres reclusas por delitos de drogas. En *Políticas de drogas y derechos*

- humanos: el impacto en las mujeres* (pp. 15-26). Chile: Corporación Humanas.
- CAICEDO, L. P. (2017). *Mujeres en prisión por delitos de drogas: espejo de las fisuras del desarrollo*. Bogotá: Corporación Humanas.
- CHAMBERS, R. (abril de 1995). Poverty and livelihoods: whose reality counts. *Environment and Urbanization*, 173-204.
- CITA TRIANA, R., & GONZÁLEZ AMADO, I. (2017). *La proporcionalidad de las penas en la legislación penal colombiana*. Bogotá: Ediciones Ibáñez.
- COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL) (1999). *Marco conceptual sobre activos, vulnerabilidad y estructura de oportunidades* (LC/MVD/R.176/REV.1). Oficina de Montevideo.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2013). *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas* (OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/13), párr.10, 11.
- CORTINA, A. (2017). *Aporofobia. El rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*. Barcelona: Paidós.
- DEJUSTICIA (5 de abril de 2016). *Mujeres, delitos de drogas y prisión preventiva en América Latina y el Caribe. Testimonio antes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos*. Recuperado de https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_823.pdf?x39172
- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE ESTADÍSTICA NACIONAL (DANE) (2017). *Gran Encuesta Integrada de Hogares (GEIH) Fuerza laboral y educación (boletín técnico)*. Bogotá: Dane. Recuperado de https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/especiales/educacion/Bol_edu_2017.pdf

- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (DANE) (2019). Mercado laboral según sexo; trimestre noviembre 2018-enero 2019. Bogotá: Dane. Recuperado de https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech_genero/bol_eje_sexo_nov18_ene19.pdf
- FACIO, A. (1999). Hacia otra teoría crítica del derecho. En *Género y derecho*. Santiago: Ediciones La Morada.
- FERRAJOLI, L. (2004). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (6ª ed.). Madrid: Ediciones Trotta.
- FERRAJOLI, L. (2014). Democracia y miedo. En M. BOVERO & V. PAZÉ (eds.), *La democracia en nueve lecciones*. Madrid: Trotta.
- GALAIN PALERMO, P. (2016). El modelo uruguayo de regulación de cannabis. Cuestiones jurídicas y de geopolítica. En K. A. STIFTUNG, *Drogas ilícitas y narcotráfico. Nuevos desarrollos en América Latina* (pp. 1-53). Konrad Adenauer Stiftung.
- GARCÍA RAMÍREZ, S. (1997). *Poder judicial y ministerio público* (2ª ed.). México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa.
- GIACOMELLO, C. (octubre de 2013). *Mujeres, delitos de drogas y sistemas penitenciarios en América Latina* (documento informativo del IDPC, Consorcio Internacional sobre Políticas de Drogas). Recuperado, el 21 de enero de 2019, de https://www.unodc.org/documents/congress/background-information/NGO/IDPC/IDPC-Briefing-Paper_Women-in-Latin-America_SPANISH.pdf
- HERNÁNDEZ CARRERA, R. M. (2014). La investigación cualitativa a través de entrevistas: su análisis mediante la teoría fundamentada. *Cuestiones Pedagógicas* (23), 187-210. Recuperado de http://institucional.us.es/revistas/cuestiones/23/Mis_5.pdf

- INSTITUTO PENITENCIARIO Y CARCELARIO (10 de enero de 2019). *Tableros estadísticos*. Recuperado de http://200.91.226.18:8080/jasperserver-pro/dashboard/viewer.html?&j_username=inpec_user&j_password=inpec#/public/Delitos/Dashboards/Delitos_Nacional
- LA ROTA, M. E., & BERNAL URIBE, C. (2014). *Esfuerzos irracionales. Investigación penal del homicidio y otros delitos complejos*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia.
- LAMPIS, A. (2010). ¿Qué ha pasado con la vulnerabilidad social en Colombia? Conectar libertades instrumentales y fundamentales. *Sociedad y Economía*, (19), 229-261.
- LASCURRAÍN, J., ARROYO, L. & PÉREZ, M. (2016). *Contra la cadena perpetua*. Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO (octubre 2013). *Microtráfico y narcomenudeo: caracterización del problema de las drogas en pequeñas cantidades en Colombia*. Bogotá: Ministerio de Justicia y del Derecho.
- MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO (2016). *Tendencias en la judicialización y alternativas al encarcelamiento para los delitos de drogas* (documento preliminar). Bogotá. Recuperado, el 10 de mayo de 2019, de <http://www.odc.gov.co/Portals/1/publicaciones/pdf/alternativas-encarcelamiento/CR1522016-tendencias-judicializacion-delitos-drogas.pdf>
- MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO (2017). *Lineamientos Política Nacional de Drogas* (documento de trabajo, Dirección de Política de Drogas y Actividades Relacionadas). Bogotá: Ministerio de Justicia.
- MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO, OBSERVATORIO DE DROGAS DE COLOMBIA (2017). *Reporte de drogas de Colombia*. Bogotá: Ministerio de Justicia.

- MIRALLES, T. (1983). La mujer: el control informal. En *Pensamiento criminológico II*. Bogotá: Temis.
- MONCAYO ALBORNOZ, A. L. (2009). Acceso a la justicia: mujer y desplazamiento forzado. En *Cátedra Unesco. Las políticas públicas frente a las violaciones a los derechos humanos* (pp. 134-179). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- MONCAYO ALBORNOZ, A. L. (2015). Una política criminal desde la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales: una aproximación al enfoque de género. En *Política criminal y "prevención"*. *Cátedra de Investigación Científica del Centro de Investigación en Política Criminal* (pp. 89-127). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- MONCAYO ALBORNOZ, A. L. (2016). La necesidad de una política criminal en materia de drogas que reconozca la situación de vulnerabilidad que enfrenta la mujer. En *Retos y perspectivas de la política criminal* (pp. 169-209). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- MONCAYO ALBORNOZ, A. L. (2018). Algunos elementos para una política de integración de las mujeres privadas de la libertad. En *Reveses de la política criminal* (pp. 95-141). Universidad Externado de Colombia. Recuperado de <https://books.openedition.org/uec/1607>
- OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LAS DROGAS Y EL DELITO (2018). Informe mundial sobre las drogas: conclusiones y consecuencias en materia de políticas. Naciones Unidas.
- O'HEAR, M. M. (2009). Rethinking Drug Courts: Restorative Justice as a Response to Racial Injustice. *Stand.L & Pol'y Rev.*, 463-500.
- OTANO, G. (2000). La mujer y el derecho penal. Una mirada de género. En *Las trampas del poder punitivo* (pp. 111-135). Buenos Aires: Editorial Biblos.

- PAVARNI, M. (2002). *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- ROTT, R. (25 de abril de 2019). *Feminización del trabajo: video*. Instituto de Estudios Latinoamericanos. Recuperado de https://www.lai.fu-berlin.de/es/e-learning/projekte/frauen_konzepte/projektseiten/konzeptebereich/rot_feminizacion/contexto/index.html
- SÁNCHEZ-MEJÍA, A. L., RODRÍGUEZ CELY, L., FONDEVILA, G., & MORAD ACERO, J. (2018). *Mujeres y prisión en Colombia. Desafíos para la política criminal desde un enfoque de género*. Bogotá: Universidad Javeriana.
- SEN, A. (1981). *Poverty and Famines. An Essay on Entitlement and Deprivation*. Oxford; Clarendon Press.
- TAMAYO PATIÑO, F. J. (julio-diciembre 2012). Las circunstancias de agravación punitiva en el derecho penal colombiano. Aproximaciones a una fundamentación. *Revista Nuevo Foro Penal*, 8(79), 13-31.
- UPRIMNY, R., CHAPARRO HERNÁNDEZ, S., & CRUZ OLIVEIRA, L. F. (2017a). *Delitos de drogas y sobredosis carcelaria en Colombia*. Bogotá: Dejusticia.
- UPRIMNY, R., CHAPARRO, S., & CRUZ, L. F. (2017b). La regulación de las drogas ilícitas. Reducir los daños de las políticas para contener los posibles daños de las sustancias. En F. K. ADENAUER, *Drogas ilícitas y narcotráfico. Nuevos desarrollos en América Latina* (pp. 52-80). Colombia: Temis Ltda.
- UPRIMNY, R., GUZMÁN, D. E., & PARRA, J. (2012). *La adicción punitiva. La desproporción de leyes de drogas en América Latina*. Bogotá: Antropos.
- UPRIMNY YEPES, R., MARTÍNEZ OSORIO, M., CRUZ OLIVERA, L. F., CHAPARRO HERNÁNDEZ, S., & CHAPARRO GONZÁLEZ, N. (2016).

Mujeres, políticas de drogas y encarcelamiento. Una guía para la reforma de políticas en Colombia. Bogotá: Dejusticia.

VELÁSQUEZ, F. (2009). *Derecho penal. Parte general.* Bogotá: Comlibros.

ZAFFARONI, E. R. (s. f.). *La palabra de los muertos.* Buenos Aires: Ediar.

8.2. Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2003.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Cinco pensionistas vs. Perú, sentencia de 28 de febrero de 2003.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-228 de 3 de abril de 2002 (M. P. Eduardo Montealegre).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de tutela n.º 1137 de 11 de noviembre de 2004 (M. P. Álvaro Tafur Galvis).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-291 de 6 de abril de 2006 (M. P. Jaime Araújo Rentería).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-209 de 21 de marzo de 2007 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-469 de 31 de agosto de 2016 (M. P. Luis Ernesto Vargas).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-084 de 5 de marzo de 2018 (M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

Corte Suprema de Justicia, Auto 2 de marzo de 2005 (M. P. Yesid Ramírez Bastidas).

Corte Suprema de Justicia, Sentencia 37659 de 26 de octubre de 2011 (M.P. Sigifredo Espinoza Pérez).

Corte Suprema de Justicia, SP7752-2017, Radicación n.º 46277, 31 de mayo de 2017 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar).

8.3. Normatividad

Congreso de la República de Colombia, Proyecto de ley 098 de 2019.

Fiscalía General de la Nación, Directiva 001 del 23 de julio de 2018.

Ley 4573 del 4 de mayo de 1970 de Costa Rica, Código Penal de Costa Rica.

Ley 1232 de 2008 de Colombia.

Ley 599 de 2000, Código Penal Colombiano.

Ley 600 de 2000, Código de Procedimiento Penal Colombiano.

9. BIBLIOGRAFÍA ADICIONAL

GOLONVANEVSKY, L. (abril de 2007). *Vulnerabilidad y transmisión intergeneracional de la pobreza. Un abordaje cuantitativo para Argentina en el siglo XXI* (tesis de doctorado, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Ciencias Económicas). Recuperado el 6 de julio de 2016, de http://www.econ.uba.ar/www/servicios/biblioteca/bibliotecadigital/bd/tesis_doc/golovanevsky.pdf

OBSERVATORIO LATINOAMERICANO DE POLÍTICAS DE DROGAS Y OPINIÓN PÚBLICA (2013). Segundo informe Política de drogas, narcotráfico, consumo y la mujer. Recuperado de <http://www.odc.gov.co/Portals/1/publicaciones/pdf/5.POL%C3%8DTICAS%20>

DE%20DROGAS,%20NARCOTR%81FICO,%20CONSUMO%20
Y%20LA%20MUJER.pdf

SANDOVAL FERNÁNDEZ, J. (2003). Causales de ausencia de responsabilidad penal. *Revista de Derecho. Universidad del Norte*, 1-18.