



Sentencia 184 de 2003 Corte Constitucional

SENTENCIA C-184/03

Referencia: expediente D-4218

Norma Acusada: Artículo 1º de la Ley 750 de 2002

Demandante: Fernando Alberto Barros Rodríguez

Magistrado Ponente:

Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Bogotá, D.C., cuatro (04) de marzo de dos mil tres (2003).

LA SALA PLENA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL,

en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y los trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución, el ciudadano Carlos Arturo Rincón Gómez solicitó a esta Corporación la declaración de inexequibilidad, parcial, del artículo 1º de la Ley 750 de 2002 ("Por la cual se expiden normas sobre el apoyo de manera especial, en materia de prisión domiciliaria y trabajo comunitario a la mujer cabeza de familia").

La demanda fue admitida por el magistrado sustanciador por medio de auto de veintitrés (23) de agosto de dos mil dos (2002). Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de constitucionalidad, la Corte procede a decidir acerca de la demanda en referencia.

II. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el texto de las normas acusadas, resaltando la parte demandada:

LEY 750 DE 2002

(julio 19)

por la cual se expiden normas sobre el apoyo de manera especial, en materia de prisión domiciliaria y trabajo comunitario a la mujer cabeza de familia

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1º. La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá, cuando la infractora sea *mujer cabeza de familia, en el lugar de su residencia o en su defecto en el lugar señalado por el juez en caso de que la víctima de la conducta punible resida en aquel lugar, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:*

Que el desempeño personal, laboral, familiar o social *de la infractora* permita a la autoridad judicial competente determinar que no colocará en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo, hijos menores de edad o hijos con incapacidad mental permanente.

La presente ley no se aplicará a *las autoras o partícipes de los delitos de genocidio, homicidio, delitos contra las cosas o personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, extorsión, secuestro o desaparición forzada o quienes registren antecedentes penales, salvo por delitos culposos o delitos políticos.*

Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones:

Cuando sea el caso, solicitar al funcionario judicial autorización para cambiar de residencia.

Observar buena conducta en general y en particular respecto de las personas a cargo.

Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerida para ello.

Permitir la entrada a la residencia, a los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión y cumplir las demás condiciones de seguridad impuestas en la sentencia, por el funcionario judicial encargado de la vigilancia de la pena y cumplir la reglamentación del INPEC.

El seguimiento y control sobre esta medida sustitutiva será ejercido por el juez, autoridad competente o tribunal que conozca del asunto o vigile la ejecución de la sentencia con apoyo en el INPEC, organismo que adoptará entre otros un sistema de visitas periódicas a la residencia de la pena para verificar el cumplimiento de la pena, de lo cual informará al despacho judicial respectivo.

III. LA DEMANDA

El demandante considera que los apartes de la norma acusada violan la Constitución Política por desconocer el preámbulo y los artículos 1°, 2°, 13, 42, 43 y 44.

1. Se sostiene que aunque la intención del legislador al expedir la Ley 750 de 2002 fue desarrollar la Constitución Política, ya que ésta ordena al Estado una protección especial a la mujer cabeza de familia, la norma acusada, tal como quedó redactada, implica un trato discriminatorio. Se acusa a la norma de haber omitido un presupuesto de la ejecución de la pena privativa de la libertad para toda mujer cabeza de familia, pues para ellas ya no es requisito que la sentencia que se le imponga por haber cometido una conducta punible que tenga una pena mínima prevista en la ley de cinco años de prisión o menos, tal y como está estipulado en la regla general que se fija en el artículo 38 de la Ley 599 de 2000.

2. La demanda considera, en todo caso, que si llegase a considerarse adecuado este trato diferente a la mujer cabeza de familia, se estaría discriminando a los hombres cabeza de familia. Al respecto se indica lo siguiente:

"(...) si tomamos por válido (...) que la realidad crea y modifica el derecho debemos deducir que hoy en día como está nuestro país no es raro que encontremos que no sólo las mujeres son cabeza de familia ya sea porque su compañera o esposa ha muerto, porque ha abandonado su hogar, o simplemente se ha desprendido con justa o injusta causa de la obligación legal de prestar alimentos para con sus menores hijos o con las personas que tiene obligación legal de hacerlo (...)"

Para la demanda, la norma acusada desconoce abiertamente el principio de igualdad al no brindar una protección similar en dos casos en que las personas se encuentran en un estado similar, a saber, la mujer y el hombre cabeza de familia.

3. Se alega también que la norma viola el derecho a la familia (artículo 42, C.P.) puesto que se desprotege a algunas de ellas al no contemplar los hombres cabeza de familia. Se sostiene lo siguiente,

"La Constitución colombiana estableció que la Familia es el núcleo fundamental de la sociedad y que el Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia al igual que trato (sic) igual que tendrá el hombre y la mujer dentro de ésta, entonces es claro que los dos (hombre y mujer) tienen los mismos derechos y obligaciones y un claro ejemplo de esto es el delito de inasistencia alimentaria en el cual los hijos o uno de los cónyuges puede denunciar al padre infractor sin importar su sexo, (...) al no otorgar el beneficio consagrado para la mujer cabeza de familia para el hombre cabeza de familia, por tal motivo el artículo hoy impugnado ante ustedes debió haber sido redactado con la expresión la persona cabeza de familia dado que este término da cabida al momento de tener que aplicar la Ley que se beneficien los dos sexos (...)"

4. Finalmente, se alega que la norma acusada desconoce los derechos fundamentales de los niños (artículo 44, C.P.) así,

"Los derechos de los niños como claramente y en repetidas ocasiones lo ha manifestado la Corte deben prevalecer sobre otros derechos, entonces uno de los derechos (sic) más importantes que puede tener un niño tener una familia para que esta lo proteja y le haga valer sus derechos ante los particulares y ante el mismo estado hoy en día este concepto ha mutado y es común observar que varios niños están a cargo de una sola persona que en muchas ocasiones hace el papel de madre y de padre al mismo tiempo y que por motivos como la falta de educación o el desempleo no pueden acceder a un empleo que le permita satisfacer sus necesidades básicas como lo son salud, vivienda, educación o simplemente el que poseen no les alcanza para calmar estos aspectos tienen que recurrir a delinquir como forma de subsistencia y si es una mujer que cumple con estas características no tiene ningún problema para volver a su núcleo familiar pero si es un hombre así cumpla con los presupuestos no tendrá este derecho, para algunos estará bien puesto que la ley es para ayudar a la mujer cabeza de familia y en principio cumple con la Constitución pero nunca a los hombres, con esta forma de pensar tal vez ellos si deban pagar por sus delitos en un centro de reclusión pero lo que olvidan es que los más perjudicados con este pensamiento son las personas que están a cargo del hombre dado que se les causa un daño, ya que alegan de una familia y pueden terminar peor que su padre dado que su estado de necesidad al verse sólo y sin apoyo aumenta pero todo esto puede ser evitado si se acogen los principios, derechos pilares de nuestra Constitución (...)"

IV. INTERVENCIONES

1. Intervención del Fiscal General de la Nación

El Fiscal General de la Nación solicita a la Corte que declare constitucional la norma demandada. A su juicio la demanda parte de una lectura sesgada de la Constitución, pues desconoce la protección especial que brinda a la mujer. Varios artículos de la Carta Política, así como la

Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, consagran la protección de la mujer. Señala entonces,

"(...) el artículo 1º de la ley 750 de 2002 no puede entenderse sino como desarrollo del querer superior establecido en la Carta y dirigido a salvaguardar los intereses vitales de aquellas mujeres cabeza de familia y, que por lo mismo, se encuentran en desigualdad de oportunidades frente a los demás miembros de la sociedad. Esta última situación torna legítima la previsión acusada, que el demandante arguye como discriminatoria, en la medida en que respecta y hace efectivo el artículo 13 Constitucional, que promulgada por que se garanticen las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y se adopten medidas a favor de grupos discriminados o marginados, así como la protección de *¿aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta?*"

2. Intervención del Ministro de Justicia y del Derecho

El Ministro, por intermedio de apoderado, solicita que se declare constitucional la norma demandada. Según la jurisprudencia constitucional (se cita la sentencia C-213 de 1994), el legislador puede introducir diferencia en el trato a las personas "(...) cuando éstos y los supuestos de hecho que dan lugar a ellos, están provistos de una justificación objetiva y razonable, como sucede en este caso, por la especial situación que se contempla, sin que ello vulnere el derecho a la igualdad." Con base en el *test de igualdad* a que se refiere dicha jurisprudencia, el interviniente sostiene que en este caso el trato diferenciado está justificado.

"En el presente asunto, se cumplen todas las condiciones exigidas en el *test de igualdad*, toda vez que el trato diferenciado impuesto por la norma respecto del beneficio de prisión domiciliaria para las mujeres cabeza de familia, se predica respecto de situaciones de hecho diversas en relación con las especiales condiciones de la mujer madre privada de la libertad, que por las implicaciones directas sobre la familia y el desarrollo de los hijos menores o incapacitados requiere de especial protección por parte del Estado y la sociedad. Además, el alto porcentaje de las familias desarticuladas y el incremento de madres solteras en nuestro medio, exigen el establecimiento de una medida acorde con la magnitud del problema, lo que sin duda constituye una justificación objetiva y razonable de la medida impuesta por la norma."

Finalmente indica que la protección a la mujer es una finalidad legítima según la Constitución Política.

3. Intervenciones de las Facultades de Derecho

3.1. Universidad del Rosario

El Decano de la Facultad de Derecho, Juan Manuel Charry Ureña intervino en el proceso para defender la constitucionalidad de la norma. A su juicio, la demanda desconoce el tratamiento que, según el principio de igualdad, debe darse entre los sexos, puesto que reclama un trato idéntico, desconociendo las características propias de cada grupo. Sostiene que la maternidad implica una condición especial que sustenta el trato diferencial:

"Ha reconocido la Corte Constitucional que la mujer cumple un papel fundamental dentro de la sociedad considerando que se encuentra vinculada, en la mayor parte de los casos, al mercado laboral, pero además aporta la labor doméstica, el cuidado de los hijos, siendo el pilar fundamental de la dinámica familiar.

La mujer cabeza de familia se encuentra en una situación diferente a la del hombre ya que la maternidad hace que se configure una condición especial en torno a ella.

Esta condición se ha reconocido a través de las decisiones de la Corte Constitucional, en materia laboral especialmente; circunstancia que no obsta para ampliar el espectro de protección a otras ramas del derecho como sucede en este caso"

3.2. Universidad de los Andes

El Decano de la Facultad de Derecho, Alfredo Fuentes Hernández intervino en el proceso para solicitar la constitucionalidad de la norma acusada. En primer lugar, indica que la norma no viola el artículo 13 de la Constitución, por cuanto el derecho a la igualdad no supone un trato idéntico para todas las personas. La norma constitucional permite introducir diferencias de trato a aquellos grupos que se encuentran en una situación de debilidad o han sido tradicionalmente discriminados. Entonces, las normas penales que protegen a las mujeres cabeza de familia, responden a un interés legítimo que lejos de violar la Carta Política desarrollan sus planteamientos. En segundo lugar señala que la norma acusada, y la Ley 750 de 2002 en general, buscan dos propósitos, ambos constitucionales; por una parte, la búsqueda de sanciones penales sensibles a la dignidad humana, y por otra, la protección a la familia, institución básica de la sociedad. Concluye la intervención así,

"Por tanto, el trato especial previsto por la Ley 750 de 2002, para la mujer cabeza de familia, encuentra fundamento en la obligación del Estado y la sociedad de prestar apoyo especial a la mujer cabeza de familia, en la cada vez más grave situación a la que se ven enfrentadas las mujeres que por razón de la violencia deben asumir el rol de cabeza de familia, en las condiciones de desventaja que en materias como la educación tienen estas mujeres frente a la situación de los hombres, y en la protección especial que el Estado debe brindar a los menores con el fin de garantizarles el derecho fundamental al amor y al cuidado."

3.3. Universidad Jorge Tadeo Lozano

Gilberto Alzate Cardona, profesor titular de derecho constitucional de la Facultad, intervino en el proceso para solicitar la inconstitucionalidad de la totalidad de la Ley 750 de 2002. En su parecer,

"(...) el legislador confundió el apoyo que puede darse en materia de asistencia social como educación, vivienda, salud, servicios públicos y recreación, tanto para la mujer cabeza de familia como para las personas que están a su cargo con la obligación que tienen todas las personas de asumir las consecuencias jurídico-penales que implican la realización de hechos punibles.

(...)

El Estado está obligado a apoyar a la mujer cabeza de familia, sin vulnerar valores constitucionales como el de la justicia y el de servicio a la comunidad. No puede privilegiarse de esta forma a una persona que ha delinquido contra otras personas o cosas, lo que debe hacerse es apoyarla en un proceso de rehabilitación y resocialización para que sirva a la comunidad."

Finalmente, justifica que la Corte se pronuncie no sólo acerca de la norma demandada sino de toda la Ley así,

"La estructura central de la Ley 750 de 2002 (la ejecución de la pena privativa de la libertad de la mujer cabeza de familia se cumplirá en el lugar de su residencia) viola la Constitución Política frente a valores, principios y derechos constitucionales, por consiguiente, si es declarada inexistente, la ley se haría ininteligible e inaplicable. Sugerimos, entonces, aplicar la figura del control constitucional denominada de la unidad normativa y declarar inexistente toda la ley."

3.4. Universidad Externado de Colombia

El Director del Departamento de Derecho Constitucional de la Facultad, Néstor Osuna Patiño, luego de citar jurisprudencia constitucional e indicar el tratamiento que se ha dado al tema, en lo que a su análisis se refiere, solicita que la norma sea declarada constitucional. Sostiene en su intervención:

"(...) el hecho de que el legislador establezca un beneficio especial para las mujeres cabeza de familia no sólo no constituye un criterio diferenciador sospechoso, sino que además supone la aplicación de un mandato constitucional: la consecución de la igualdad sustancial. Además, sobre este punto es importante resaltar que la propia Constitución establece en su artículo 43 la obligación del Estado de apoyar de manera especial la mujer cabeza de familia.

(...) estas discriminaciones positivas a favor de ciertos grupos de la población que se encuentran en condiciones reales de desigualdad, en este caso las mujeres, también constituyen una obligación impuesta por el bloque de constitucionalidad. En efecto, Colombia es parte de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres adoptada en 1979 en el seno de las Naciones Unidas, así como la Convención Interamericana sobre la concesión de derechos civiles a la mujer."

3.5. Universidad Santo Tomás

La Decana de la Facultad de Derecho, Luz Amparo Serrano Quintero, solicita a la Corte que declare inexistentes las expresiones *mujer, de la infractora y las autoras o partícipes de*, condicionando la interpretación de las normas como queden luego de la exclusión de las palabras mencionadas, a interpretar el género del sujeto como *la o las personas*. Fundamenta su posición en los siguientes términos:

"Si el objetivo es proteger a los niños que quedan en situación de desprotección por causa de la conducta delictiva de la única persona a cuyo cargo se encontraban, conservar el privilegio únicamente a favor de las personas cabeza de familia de sexo femenino resultaría discriminatorio para los niños que se encuentran a cargo de una persona cabeza de familia de sexo masculino que incurre en la misma conducta.

El razonamiento de la norma parte de la falsa premisa que considera que sólo a las mujeres les toca enfrentar la situación de ser las cabezas de familia, omitiendo que en esta circunstancia también se encuentran hombres. La variedad de situaciones bajo las cuales una persona puede quedar como cabeza de familia van desde el caso de padre o madre, hasta los hermanos mayores que quedan a cargo del grupo familiar. Sea quien sea que esté en la cabeza de la familia, el hecho de que esta persona delinque y sea condenada sin los beneficios de la ley demandada, pone en riesgo los derechos de los niños que están a su cargo, cuya protección es el objetivo constitucional de la norma en comento. Los derechos de los niños no pueden estar condicionados al sexo de la persona a cuyo cargo se encuentran."

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Procurador General de la Nación intervino en el presente proceso mediante el concepto 3051 de octubre 8 de 2002 para solicitar la exequibilidad condicionada de la norma acusada.

1. El concepto del Procurador General, parte de señalar que la disposición acusada tiene por objeto desarrollar el artículo 43 de la Carta Política, por cuanto con ella se pretende establecer a favor de la mujer cabeza de familia, infractora de la ley penal, el beneficio de cumplir la pena privativa de la libertad en el lugar de residencia o en el lugar señalado por el juez, con el fin de brindarle un apoyo especial a las mujeres que tengan a su cargo, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar.

2. Posteriormente señala que "(...) todo parecería indicar que nos encontramos frente a un trato especial a favor de uno de los sectores de la población que más ha padecido el fenómeno de la discriminación social y económica, como es el del género femenino, más aún cuando éstas asumen la carga de soportar y sacar adelante su familia, por lo cual y en virtud del postulado de la discriminación positiva, esa clase de trato en principio se justificaría plenamente a la luz de un valor jurídico que es a la vez principio la igualdad material. (¿)" Para el concepto, si este fuese el objetivo, se podría concluir que el beneficio otorgado en la ley acusada es razonable y que no sería discriminatorio de los hombres no

incluirlos a ellos.

No obstante, se indica que "(...) al examinar cuidadosamente el auténtico sentido de la medida, se observa que los bienes jurídicos que se pretende tutelar con ella son bienes esenciales cuya realización está a cargo también de otras personas que pueden verse igualmente afectadas, de no contar con el tratamiento especial que se les está otorgando a la mujeres cabeza de familia." Tales bienes, se dice, son aquellos que guardan relación con el principio fundamental de la familia como núcleo esencial de las sociedades (artículo 5º, C.P.). Se dice,

"Ha sido el propio legislador quien en los antecedentes legislativos de la medida en cuestión, ha puesto de presente que el bien jurídico que se pretende tutelar con la medida en análisis es *la familia* y no la mujer *cabeza de ella*, protección ésta que quedó evidenciada en la exposición de motivos del proyecto de ley en comento cuando se afirma:

...(...) presenta el mandato constitucional en comento (artículo 43 en que se prevé el apoyo estatal de manera especial a la mujer cabeza de familia) un doble aspecto digno de ser tenido en cuenta en forma integral, por un lado el del apoyo especial a la mujer cabeza de familia y por otro, su correlativo consagrado en el artículo 44 de la Constitución Política del derecho fundamental de los niños ...*tener una familia y a no ser separados de ella*..., salvo obviamente que sea para protegerlos a ellos mismos....(Gaceta del Congreso citada, pág. 13) (Resalta el despacho)

Así, se observa en el aparte inicial de la exposición de motivos, en la que, antes de invocarse la especial protección social del núcleo familiar, en especial, de los niños. (...)"

3. Concluye entonces el Procurador, que la finalidad del beneficio otorgado por la norma acusada es la de proteger a la familia y, en especial, a los menores integrantes de ella. Por lo tanto, considera que este criterio debe aplicarse en todos los casos en que la ejecución de la pena privativa de la libertad implique la consecuencia de amenazar la integridad y la estabilidad de la familia, ya que de no ser así, la ley estaría dándole un tratamiento desigual a situaciones esencialmente iguales, pues el valor jurídico que en ella se busca hacer prevalecer es el mismo: *la integridad del núcleo familiar*. Así pues, se sostiene que

"(...) con el fin de salvaguardar la institución familiar y en especial el bienestar de la infancia con todos los derechos y prerrogativas fundamentales que este bienestar implica y, además, para evitar que la norma vulnere el principio de igualdad cuya observancia en este caso beneficiaría igualmente a los miembros del grupo que quedarían desprotegidos por la ausencia del responsable del mismo cuando éste no sea la madre (...) se considera que el beneficio de la prisión domiciliaria debe hacerse extensivo al padre de familia del cual dependan los miembros de esta institución y que por diversas razones no cuenten con el apoyo de otro miembro de ese núcleo familiar, como lo sería una madre."

El Procurador General señala que las consecuencias indeseables que debe enfrentar una familia que depende de una mujer cabeza de familia privada de la libertad, las cuales motivaron la decisión del legislador a proferir la norma acusada, son prácticamente las mismas que debe enfrentar la familia de un hombre cabeza de familia.

4. En el concepto se cuestiona también la concepción que inspira la norma, según la cual, es la mujer la encargada en la sociedad de la crianza de los niños. Al respecto se indica,

"Esta concepción se traslucen en el siguiente aparte de la exposición de motivos de la ley:

...Tal supuesto (el supuesto del cual parten la preceptiva internacional y la regulación constitucional y legal colombiana, según la representante autora de la exposición de motivos) es que *la mujer en general* y en especial la mujer cabeza de familia, es decir, aquélla que carece del apoyo del cónyuge compañero permanente, *tiene a su cargo, por asignación natural y cultural la importante y delicada misión de procrear, dar a luz y educar a los ciudadanos del mañana*.

Esta importantísima función social de la mujer cabeza de familia, es *la base de la conformación de la sociedad, en la medida en que sus integrantes han visto necesariamente definidos sus valores sociales y culturales por la orientación o, en su aspecto negativo, por la falta de ella, que les haya inculcado dicha mujer cabeza de familia.*" (Idem, pag.13)...

De este precedente podría explicarse cuál es la concepción que anima la concesión restrictiva del beneficio en cuestión y cómo esa concepción va en contravía de los presupuestos y normas constitucionales que le asignan por igual a los miembros de la pareja la obligación de atender todos los requerimientos de la infancia en materia de afecto, cuidado, amor, educación y protección en general. (...)

Es por ello que, para efectos de armonizar la medida legal que tiene ese trato especial con nuestro ordenamiento constitucional, considere el Despacho del Procurador General de la Nación que es necesario hacer extensivo a los padres de familia frente a esta institución, es decir, que se encuentre en las circunstancias señaladas en la Ley 82 de 1993."

5. Finalmente, solicita entonces el Procurador que declare la constitucionalidad de la Ley 750 de 2002, condicionada a que el beneficio que en ella se contempla a favor de la mujer cabeza de familia se haga extensivo el padre de familia cuando éste, habiendo infringido la ley penal, se encuentre en las circunstancias que defienden la situación de aquella, Ley 82 de 1993.

De forma similar, solicita que se indique que cuando la pena de presidio impuesta sea mayor de cinco años, la sentencia condicione el beneficio a un estudio objetivo de las circunstancias del hecho punible y la personalidad del condenado, para determinar si el infractor o la infractora no pueden hacerse acreedores de tal beneficio, porque al otorgarse, se contradice la finalidad que busca la ley, esto es, proteger a la familia que esté a cargo del infractor.

VI. RESPALDO CIUDADANO

El día 19 de febrero de 2003, fue remitida a la Corte Constitucional una carta en la que un grupo de ciudadanos manifestaron su apoyo a la Ley 750 de 2002, por considerar que se trata de un cabal desarrollo del artículo 43 de la Constitución Política de Colombia. La carta fue respaldada con su firma por más de 12.000 ciudadanas y ciudadanos. El 4 de marzo, el mismo día que la Sala Plena de la Corporación debatió el presente proceso, otro grupo de personas apoyaron la carta; más de 9.000 personas.

VII. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

En virtud de lo dispuesto por el artículo 241, numeral 5, de la Constitución, la Corte Constitucional es competente para conocer de las acciones de inconstitucionalidad contra normas de rango legal, como las que se acusan en la presente demanda.

2. Problema jurídico

La presente demanda acusa la ley en cuestión desde dos perspectivas diferentes, lo cual lleva a la Corte a plantear dos problemas jurídicos distintos. El primero de ellos tiene que ver con la relación entre las mujeres cabeza de familia privadas de la libertad, beneficiarias de la Ley en cuestión, y los hombres cabeza de familia. El segundo tiene que ver con la relación entre los niños hijos de mujeres cabeza de familia en centros de reclusión y los hijos de padres cabeza de familia en la misma situación. Los problemas serían pues los siguientes:

Primero: ¿Desconoce el principio de igualdad y el derecho a la familia de los hombres recluidos en prisión, una ley que le concede a la *mujer cabeza de familia* que ha cometido un delito y ha sido condenada a una pena privativa de la libertad, la posibilidad de que la cumpla en su residencia junto a sus hijos o a las personas dependientes a su cargo, pero no a los hombres que se encuentren, de hecho, en una situación similar?

Segundo: ¿Viola los derechos de los hijos a recibir amor y cuidado (artículo 42 y 44, C.P.) una norma que reconoce este derecho a los que dependen de una *mujer cabeza de familia*, pero no así a los niños y niñas que dependen de un hombre que, de hecho, se encuentre en la misma situación que una mujer cabeza de familia?

Pasa entonces la Corte a resolverlos, comenzando por presentar el marco normativo dentro del cual se inscribe la disposición acusada.

3. El derecho en favor de la *mujer cabeza de familia* consistente en permitirle cumplir la pena a la que fue condenada en su lugar de residencia constituye un desarrollo del mandato constitucional de apoyo especial a este grupo

A continuación se analizará la Ley 750 de 2002 y su lugar dentro del orden constitucional vigente.

3.1. La norma acusada y la Ley 750 de 2002

La Ley 750 de julio 19 de 2002 tiene por objeto, como su nombre lo indica, fijar normas "sobre el apoyo de manera especial, en materia de prisión domiciliaria y trabajo comunitario a la mujer cabeza de familia". La Ley a la que pertenecen las normas acusadas en el presente proceso se ocupa de permitirle a la mujer cabeza de familia que ha sido condenada con pena privativa de la libertad, cumplirla en su lugar de residencia, siempre y cuando se verifiquen los requisitos estipulados en la misma Ley. En primer lugar, la Ley establece cuál es el derecho en cuestión y cuáles los requisitos para acceder a él (artículo 1º);¹ en segundo lugar, fija aquellos casos en que la mujer pierde el beneficio en cuestión y tiene que volver a cumplir con la pena principal (artículo 2º).² Posteriormente indica el criterio para determinar cuándo se debe entender cumplida la pena bajo éstas condiciones (artículo 3º);³ extiende el derecho a las mujeres cabeza de familia privadas de su libertad en virtud de una detención preventiva (artículo 4º);⁴ concede la posibilidad de realizar ciertos trabajos para redimir tiempo de pena, señalando en qué condiciones ello puede ocurrir (artículo 5º);⁵ advierte que el derecho contemplado en esta Ley no excluye otros beneficios que prevea la ley penal general (artículo 6º);⁶ y finalmente establece como fecha de entrada en vigencia de la ley el momento de su promulgación (artículo 7º).⁷

3.2. Protección constitucional de la *mujer cabeza de familia* y algunos desarrollos legislativos

El marco normativo dentro del cual se ubica la disposición acusada es, por una parte, la protección constitucional que demanda la Constitución para con la mujer cabeza de familia, y por otra, la Ley 82 de 1993 "por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia".

3.2.1. La primera de las disposiciones es el inciso segundo del artículo 43 de la Carta Política, según el cual: *El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.*⁸ *El Constituyente de 1991, como ya lo ha señalado esta Corte, consideró que era necesario introducir a la Carta Política un artículo que garantizara específicamente la igualdad de género, debido a la tradición de discriminación y marginamiento al que se había sometido la mujer. La jurisprudencia constitucional se ha referido a esta situación en los siguientes términos,*

"Tradicionalmente en nuestra sociedad, como en la mayoría de las sociedades actuales, el paradigma de lo humano se ha construido alrededor del varón. Es a él a quien se le atribuyen características socialmente valoradas como la racionalidad, la fuerza, el coraje, por oposición a la mujer a quien se caracteriza como irracional, débil, sumisa⁹. Tal dicotomía en la construcción del género o, en otras palabras, los diferentes roles y estereotipos que culturalmente se han asignado al hombre y a la mujer, no han hecho nada distinto que generar una enorme brecha entre los sexos que, a su vez, ha dado lugar a la discriminación de esta última en los más variados campos. En especial, este trato diferente ha relegado a la mujer al espacio de lo privado, al de la fiel esposa, aquella que debe guardar sumisión frente al marido, *¿quien debe liberar al ciudadano*

las preocupaciones y tareas del ámbito privado (el de naturaleza) para que éste pueda dedicarse al ámbito de lo público (el de la cultura)....

(...)

Sin ir más lejos, en nuestro ordenamiento jurídico se pueden reseñar, entre muchas otras, las normas que restringían la ciudadanía, aquéllas que equiparaban a la mujer con los menores y dementes en la administración de sus bienes o las que la obligaban a adoptar el apellido del marido, agregándole al suyo la partícula de como símbolo de pertenencia.

(...)

Sin duda alguna esta normatividad, impregnada por lo que las feministas han denominado una "lógica patriarcal", no hizo nada distinto que perpetuar la discriminación y generar, en consecuencia, un efecto simbólico perverso: la mujer, y en especial la mujer casada, es propiedad del marido y, por tanto, cualquier ofensa que a él haga debe ser castigada.¹⁰ (acento fuera del texto)

Así pues, una de las formas mediante la cual la mujer se ha visto discriminada o excluida socialmente es por la creación y fijación de estereotipos culturales, que aparecen como una descripción "natural" de lo que "ella es" y lo que "ella debe ser". Si bien se han experimentado cambios de gran calado en muy poco tiempo en lo que a la igualdad de género se refiere, el camino recorrido no ha sido suficiente. La situación en la que permanecen muchas mujeres y la existencia de múltiples *estereotipos* que tienden a discriminar a la mujer, demanda de todas las autoridades públicas cumplir y promover el mandato de respeto e igualdad consagrado en la Constitución Política específicamente en el artículo 43 y genéricamente en el artículo 13, tomando decisiones que sean sensibles a la situación y los intereses de las mujeres.

3.2.2. Como se indicó, uno de los roles que culturalmente se impuso a la mujer fue el de "encargada del hogar" como una consecuencia del ser "madre", de tal suerte que era educada y formada para desempeñar las tareas del hogar, encargarse de los hijos y velar por aquellas personas dependientes, como los ancianos. Sin desconocer la importancia que juega toda mujer, al igual que todo hombre, dentro de su hogar, el constituyente de 1991 quiso equilibrar las cargas al interior de la familia, tanto en las relaciones de poder intrafamiliar, como en cuanto a los deberes y las obligaciones de las que cada uno es titular.

Suponer que el hecho de la "maternidad" implica que la mujer debe desempeñar ciertas funciones en la familia, ha llevado, por ejemplo, a que tengan que soportar dobles jornadas laborales: una durante el día como cualquier otro trabajador y otra en la noche y en sus ratos libres, desempeñando las labores propias de la vida doméstica. Esta imagen cultural respecto a cuál es el papel que debe desempeñar la mujer dentro de la familia y a cuál "no" es el papel del hombre respecto de los hijos, sumada al incremento de separaciones, así como al número creciente de familias sin padre por cuenta del conflicto armado y la violencia generalizada, trajo como consecuencia que una cantidad considerable de grupos familiares tuvieron una mujer como cabeza del mismo. Pero esta situación no termina en el hecho de que la mujer tiene que asumir en muchas ocasiones más labores que los hombres y responsabilizarse del grupo familiar sin la compañía de una pareja. A esto se agrega que el acceso al mercado laboral estuvo cerrado por mucho tiempo a las mujeres y aún en ocasiones es limitado para ellas; hasta el punto de que cuando logra acceder a un trabajo, no son pocas las veces que el salario que recibe es menor al que se le paga a un hombre por realizar la misma labor en igualdad de condiciones.¹¹

Esta situación de la mujer fue presentada al seno de la Asamblea Nacional Constituyente por los delegatarios ponentes sobre el tema en los siguientes términos:

"(...) es sólo hasta la época contemporánea no hace muchos años que un movimiento a favor de la mujer consigue reivindicar la imagen de ésta ante el mundo y lograr mejor su posición en la sociedad.

Sin embargo en naciones como la nuestra, el modelo de docilidad y vulnerabilidad parece no haber sido rebasado, a diferencia de los países desarrollados en los que gracias a dicho movimiento la mujer ha superado las desigualdades sociales y ha pasado a ser parte integral y activa de la comunidad a la que pertenece. Las estadísticas muestran como en nuestra Patria la mujer tiene menos oportunidades de acceso a la salud, la protección y la educación que el hombre. A su vez en el campo laboral, a pesar de que su participación ha señalado cambios importantes en la estructura del mercado de trabajo (41% en 1989) el 35% de la población femenina urbana percibe una remuneración por debajo del sueldo mínimo, frente a un 16% de hombres que se encuentran en la misma situación; y si miramos hacia el sector rural encontramos mujeres que, sin ser dueñas de la tierra, trabajan sin paga ¿la mayoría de las veces? pues su oficio es considerado como una labor de apoyo a su marido, padres o hermanos. Igualmente el desempleo generado por la situación económica actual recae con más fortaleza sobre ella: hoy en día el 55% de los desempleados del país son mujeres.¹²

Actualmente esta situación de desigualdad laboral continúa. Según la Encuesta de Salud Sexual y Reproductiva en Colombia realizada por Profamilia, en el año 2000 el 51.5% de las mujeres no trabajaba. De este grupo sólo el 11.3% había tenido trabajo durante los últimos 12 meses, el 40.2% restante no. Ahora bien, del 100% de mujeres encuestadas que no vivían en unión el 49.9% tenía trabajo, el 50.1% restante no. Y de este último grupo, tan sólo el 12.9% había tenido trabajo durante los últimos doce meses, el 37.2% restante no.¹³

Las consideraciones generales acerca de la situación de la mujer se concretaron en varias protecciones. Una de ellas es la dirigida especialmente a la gravosa situación que enfrentan las mujeres cabeza de familia. Así se abordó el tema al interior de la Asamblea Nacional Constituyente,

"(...) diversos motivos, como la violencia ¿que ha dejado un sinnúmero de mujeres viudas? el abandono del hogar por parte del hombre y la displicencia de éste con respecto a la natalidad, han obligado a la mujer a incorporarse a los roles de producción adquiriendo la responsabilidad

de ser la base de sustentación económica de su hogar, sin haber llegado jamás a desprenderse de los patrones culturales que la confinan al espacio doméstico y al cuidado de los hijos.

(...) Un número creciente de hogares tiene jefatura femenina. De acuerdo con los patrones de separación la gran mayoría de éstos están compuestos por mujeres jóvenes, con hijos todavía dependientes. Según la encuesta nacional de hogares DANE (1981) un 17% de los hogares eran monoparentales, de los cuales el 85% correspondían a mujeres; el censo de 1985 reporta un 17.9% de hogares en esta situación y según el Estudio Nacional de Separaciones Conyugales, llevado a cabo por la Universidad Externado de Colombia en 1986, el porcentaje de mujeres cabeza de familia es del 21%. Para 1985, la tasa global de participación de la población femenina clasificada por el DANE en estado de miseria era del 22.5%, la más baja por sector social. La situación de pobreza es dramática y tiende a profundizarse por las altas tasas de dependencias concentradas en cabezas de mujeres solas, enfrentadas casi a todas a gran inestabilidad laboral, baja remuneración y desprovistas del sistema de seguridad social.¹⁴

Actualmente la situación sigue siendo semejante; inclusive el fenómeno descrito ha aumentado; según la Encuesta citada el 28% de los hogares tiene por cabeza una mujer (19% de los hogares rurales y 31.3% de los hogares urbanos).¹⁵ Una de las causas del aumento de esta situación es el conflicto armado, tal y como esta Corporación ya lo había señalado en la sentencia SU-1150 de 2000 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). En aquella ocasión la Corte analizó un caso en el que un grupo de desplazados alegaban que sus derechos estaban siendo violados por haber sido desalojados de un predio que se vieron en la necesidad de ocupar. En el fallo se valoró la situación de los desplazados, para lo cual hizo referencia al documento *Esta guerra no es nuestra: Niños y desplazamiento forzado en Colombia* (elaborado conjuntamente por Codhes, la Unión Europea y Unicef Colombia) en el que se muestra que el 53% de las personas desplazadas eran mujeres y niñas, y que las mujeres eran cabeza de familia en el 32% del total de los hogares.

3.2.3. Conciente del problema, y en desarrollo del mandato constitucional, el Congreso de la República expidió la Ley 82 de 1993 mediante la cual definió el concepto de "mujer cabeza de familia" y fijó algunas medidas concretas de protección. Esta ley, es el segundo elemento del marco normativo pertinente para analizar el alcance de la norma acusada en parte en el presente proceso.

En cuanto a la definición del concepto, el artículo 2º de la ley señala

"(...) entiéndase por *mujer cabeza de familia*, quien siendo soltera o casada, tenga bajo su cargo, 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 los demás miembros del núcleo familiar."

Una mujer es cabeza de familia cuando, en efecto, el grupo familiar está a su cargo. Aunque en el mismo artículo se incluye un párrafo en el que se indica que la mujer deberá declarar ante notario dicha situación, tanto cuando la adquiera como cuando la pierda, para efectos de prueba, no es una condición que dependa de una formalidad jurídica. Con la categoría "mujer cabeza de familia" se busca preservar condiciones dignas de vida a los menores y personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta a cargo de ella, al tiempo que se pretende apoyar a la mujer a soportar la pesada carga que por razones, sociales, culturales e históricas han tenido que asumir, abriéndoles oportunidades en todas las esferas de su vida y de su desarrollo personal y garantizándoles acceso a ciertos recursos escasos. Así, en la sentencia C-034 de 1999 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra) la Corte consideró que el artículo 2º de la Ley 82 de 1993 no violaba el principio de igualdad así definiera "mujer cabeza de familia" sólo en función de la mujer "soltera o casada", dejando de lado otros estados civiles como la unión libre, debido a que el estado civil no es lo esencial para establecer tal condición, sino el hecho de estar al frente de una familia, al cargo de niños o personas incapaces.¹⁶

Las medidas concretas de apoyo establecidas en la Ley 82 de 1993 son de diversa índole, entre ellas pueden citarse las siguientes: la adopción de reglamentos que garanticen su ingreso a la seguridad social (art. 4º), el aseguramiento a sus hijos del acceso a textos escolares (art. 5º), la creación de programas de capacitación gratuita (art. 8º) o la fijación de estímulos para que el sector privado cree programas especiales para las mujeres cabeza de familia (art. 10).

3.2.4. La jurisprudencia constitucional, desde sus inicios, también ha adoptado medidas de protección específica para las madres cabeza de familia, precisando de esta forma el alcance del sentido del mandato constitucional, según el cual toda autoridad pública está llamada a brindar un apoyo especial a la mujer cabeza de familia.¹⁷ Tal fue el caso de la sentencia T-593 de 1992 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), en la cual se decidió el conflicto entre una mujer cabeza de familia y su empleador. La accionante había interpuesto una demanda laboral en contra de su patrono luego de haber sido despedida por éste. La demanda se falló a su favor y se ordenó al empleador reintegrarla a su puesto en las mismas condiciones en que se encontraba originalmente. La mujer fue reintegrada pero no en Bogotá, en donde vivía con sus tres hijos de 14, 11 y 8 años de edad, sino en Melgar. Esta nueva situación era bastante gravosa para ella. El salario devengado, el mínimo legal, difícilmente le alcanzaba para cubrir sus gastos, en especial porque ahora debía pagar un arriendo en Melgar. Además, tenía que dejar solos a sus hijos de lunes a sábado, razón que dio lugar, entre otros problemas, a que su hija de 11 años sufriera un accidente cocinando y se quemara. Ante este estado de cosas, interpuso una acción de tutela en defensa de sus derechos y los de sus hijos, solicitando que fuera trasladada a Bogotá nuevamente. La Corte resolvió confirmar la decisión del Tribunal Superior de Bogotá en la que se ordenó al empleador trasladar a la accionante a ésta ciudad al mismo puesto de trabajo en que antes se estaba desempeñando. En esa ocasión dijo la Corte,

"No cree la Corte, al contrario de lo expresado en dicho proveído, que exista una total independencia entre las amenazas reales que gravitan sobre los derechos de los menores y la reiterada negativa de la Empresa al traslado de la madre a Santa Fe de Bogotá, pues si bien es cierto que tal actitud no puede señalarse como causa suficiente de la enfermedad cardiaca que padece una de las niñas ni del accidente sufrido por la otra - es claro que la demanda no hace semejante imputación ni ella resulta tampoco del fallo de segunda instancia ni de la presente providencia- lo

cierto es que la intransigencia de la sociedad demandada tiene un efecto práctico inocultable que consiste en la física imposibilidad de que la madre dispense a dichas menores los cuidados, la protección y el apoyo que, según la norma constitucional (artículo 44), hacen parte de sus derechos fundamentales, máxime cuando el alejamiento forzado de la señora PATARROYO no fue el resultado de su libre decisión al celebrar el contrato de trabajo sino el efecto inmediato de una reacción de la empresa ante el fallo judicial que ordenó su reintegro. Precisamente en eso consiste la tutela en este caso: en la orden de obligatorio e inmediato cumplimiento, impartida por el Tribunal de Santa Fe de Bogotá mediante providencia que se confirmará, para que alguien (aquí la Compañía "Central de Mezclas S.A."), cuya conducta envuelve la vulneración o amenaza de derechos fundamentales (en este proceso los de la familia PATARROYO, en especial las hijas menores de la misma), actúe en el sentido de acatar integralmente la sentencia del juez laboral que había dispuesto el reintegro de la demandante en las mismas condiciones de trabajo en que se encontraba cuando fue despedida, una de ellas la de desempeñar su cargo en esta ciudad. Ello corresponde también al cumplimiento del contrato laboral, a cuyo tenor la trabajadora no puede ser trasladada si el traslado significa perjuicio para ella o desmejora sus condiciones salariales como acontece en el presente caso.¹⁸

En otro caso, en la sentencia T-414 de 1993 (M.P. Carlos Gaviria) se consideró que una autoridad pública había violado el derecho al trabajo de una mujer cabeza de familia, al sellar el taller de herrería que perteneció a su difunto esposo, y que constituía el único ingreso de ella y de su familia. Dijo la Corte:

"(...) la intervención del Estado en el libre ejercicio del oficio de la actora, que se concretó en la Resolución No. 335 del 92, no sólo resulta inconstitucional por violar los derechos al trabajo y al debido proceso, como se expuso en extenso, sino que, además, en el caso de la actora, esa actuación administrativa pretermitió, a plena ciencia y conciencia, la obligación que la Constitución Política impone al Estado en su artículo 43, de apoyar ... de manera especial a la mujer cabeza de familia. De esta manera, se actuó en contra del Estado social de derecho al expedir la irregular Resolución No. 335, porque a una mujer cabeza de familia (...) no solo no se la ha apoyado de manera especial, sino que, sabiendo que la muerte de su marido la dejó (y con ella a sus hijos) en situación de desamparo tal que hubieron de arrimarse al solidario aunque hacinado hogar paterno, con la Resolución acusada también se la convirtió en desempleada. Se le privó de los únicos medios lícitos con que contaba para cumplir, respecto de sus hijos menores, las obligaciones que les impone a los padres el artículo 44 de la Constitución, de las cuales la actora es única titular desde que se produjo su viudez. Se tenía una mujer que, a pesar del desamparo producido por la muerte de su esposo, se hizo productiva y socialmente responsable de las necesidades de sus hijos menores y se la convirtió en una desempleada, que puede impetrar del Estado el subsidio alimentario de que habla el artículo 43, pues se encuentra en la lactancia del menor de sus hijos."¹⁹

3.2.5. El apoyo especial a la *mujer cabeza de familia* es un mandato constitucional dirigido a todas las autoridades públicas. Con él se buscó (i) promover la igualdad real y efectiva entre ambos sexos; (ii) reconocer la pesada carga que recae sobre una mujer cabeza de familia y crear un deber estatal de apoyo en todas las esferas de su vida y de su desarrollo personal, para compensar, aliviar y hacer menos gravosa la carga de sostener su familia; y (iii) brindar, de esta manera, una protección a la familia como núcleo básico de la sociedad.

En este orden de ideas, no sería compatible con estas finalidades de inspiración igualitaria dentro de un Estado social de derecho, que las medidas de apoyo especial a las mujeres cabeza de familia fueran dirigidas principalmente a permitir que "cumplan bien su rol doméstico dentro del hogar", puesto que ello constituiría una reproducción del estereotipo que precisamente está asociado a las desigualdades sociales que el constituyente quiso corregir. El apoyo especial garantizado por la Constitución en estos casos es aquel que permite a la mujer desarrollar libre y plenamente sus opciones de vida sin que ser cabeza de familia se constituya en un obstáculo o una carga demasiado pesada para ello. Se trata de impedir, por ejemplo, que ser cabeza de familia le cierre opciones laborales a la mujer o que escoger una oportunidad de trabajo implique dejar de atender las responsabilidades que, tanto para los hombres como para las mujeres, significa ser cabeza de familia.

Como se dijo, las medidas de protección que puede tomar el legislador y la administración en desarrollo del mandato constitucional (artículo 43, C.P.), abarcan las diferentes esferas de la vida de las mujeres cabeza de familia así como los diferentes ámbitos de desarrollo personal. Por ejemplo, la doble jornada laboral a la que buena parte de ellas están sometidas por tener que dedicarse en sus ratos libres al trabajo doméstico, les impide ocupar dichas horas en actividades que les permitan adquirir conocimientos, desarrollarse profesionalmente, aprender oficios, hacer deporte, recrearse, o simplemente disfrutar del ocio. Al respecto ha dicho esta Corte,

"(...) la realización de labores productivas secundarias y mal remuneradas; el monopolio del trabajo doméstico, asumido con exclusividad y sin el apoyo indispensable; la escasa valoración social y el desconocimiento de las labores del ama de casa que no son consideradas trabajo, la inexistencia de tiempo libre ligada a una jornada laboral larga y el impacto negativo de estos factores sobre la salud física y mental de la mujer, son elementos de juicio que explican por qué los papeles que la tradición ha asignado a cada uno de los sexos se erigen en el obstáculo de mayor peso que las mujeres encuentran en el camino hacia la igualdad sustancial y ayudan a comprender que a más de las diferencias biológicas inmutables entre los miembros de uno y otro sexo, en especial la relativa a la maternidad que es un proceso natural, existen otras de índole social que configuran discriminaciones basadas en el sexo; en conclusión, mujeres y hombres conforman grupos cuya condición es distinta, pues es un hecho incontrovertible que nuestra sociedad deslinda con claridad los papeles y funciones que cumplen unas y otros.

El argumento que el demandante plantea parte del supuesto de que mujeres y hombres se encuentran situados en una posición idéntica en relación con el tema debatido y que por tanto, cualquier diferencia de trato se coloca en abierta contradicción con la igualdad, así las cosas, entiende que tan perjudicial resulta la discriminación de las mujeres como la de los hombres, a punto tal que las medidas de protección tomadas en favor del sexo femenino son asimiladas a privilegios inmerecidos constitutivos de discriminación contra el sexo masculino, sin detenerse a analizar si esas medidas favorables otorgan importancia a los caracteres biológicos diversos o a la menguada posición social de la mujer. Erróneamente el actor rechaza cualquier relevancia jurídica de las diferencias sexuales considerando, de paso, que en el ámbito laboral el sujeto trabajador es uno solo y que no hay lugar a hacer énfasis en situaciones distintas, de las cuales, en efecto, hace abstracción.²⁰

Así pues, el derecho de prisión domiciliaria para la mujer cabeza de familia se inscribe en el desarrollo de uno de los diferentes ámbitos de protección que supone el deber de apoyo especial del Estado, por mandato constitucional. A continuación, pasa la Corte a analizar la constitucionalidad de la medida.

4. Constitucionalidad del derecho de la *mujer cabeza de familia* de cumplir la pena a la que fue condenada en su lugar de residencia, en tanto forma de apoyo especial a la *mujer cabeza de familia*. Relación con el interés superior de los menores hijos de madres en prisión.

Durante los diferentes debates y ponencias que tuvieron lugar a lo largo del trámite en el Congreso de la República de la Ley 750 de 2002, los parlamentarios hicieron explícitas las razones por las cuales consideraron conveniente expedir la norma y los fundamentos constitucionales de la medida.

4.1. Específicamente, la razón principal que llevó al Congreso a expedir esta norma, es el hecho de que actualmente existe un gran número de familias cuya "cabeza" es una mujer que se encuentra recluida en prisión. Esto quiere decir que las personas encargadas de velar por el bienestar de un grupo considerable de niños, niñas, personas discapacitadas y personas de la tercera edad, están imposibilitadas para hacerlo. En la Ponencia para Primer Debate del Proyecto de Ley de la actual Ley 750 de 2002 se dijo,

"El proyecto encuentra argumentos reales para su justificación, ya que según estadísticas recientes el 99% de las mujeres que se encuentran recluidas en un centro penitenciario o carcelario son madres de menores de edad o tienen bajo su cargo un incapaz. También se debe tener en cuenta que las consecuencias negativas de la ausencia de la madre por razón de estar privada de la libertad se encuentran con mayor facilidad en los estratos más bajos, ya que en estos casos son los menores los que deben salir a buscar el sustento diario y permanecer solos sin controles de ninguna clase, originando consecuencias aún más graves para la sociedad y convirtiéndose en un factor de incremento de la criminalidad."²¹

4.2. Como esta realidad social tiene unas manifestaciones específicas y concretas en relación con la política criminal, decidió entonces el legislador adoptar una medida que sirviera para dos propósitos:

(a) Desarrollar el mandato constitucional del inciso final del artículo 43 de apoyo especial a la *mujer cabeza de familia*, en consonancia con la Ley 82 de 1993.²²

(b) Pretenden "una protección especial buscando la total salvaguardia contra toda forma de abandono y desprotección,²³ según la situación irregular en que se encuentren los niños(as) por estar en abandono total o parcial, en peligro físico o moral, niños(as) en la calle, adolescentes embarazadas, niños(as) maltratadas y abusadas, adolescentes víctimas de conflicto armado, de violencia o de desastres, desplazados, menores trabajadores, menores infractores y contraventores de la ley penal y consumidores de sustancias psicoactivas (...)"²⁴

En otras palabras "(...) se busca facilitar el rol de la mujer colombiana cabeza de familia privada de la libertad, ya que esta circunstancia lleva a que los menores e incapaces que se encuentran bajo su cargo queden desamparados, puesto que es ella la única encargada de su protección, manutención y cuidado."²⁵

Las dos razones constitucionales en que funda el legislador el derecho consagrado en cabeza de la mujer cabeza de familia, para que esta pueda proteger al grupo familiar depende de ella, en especial a los niños, tienen sustento en el propio texto de la Constitución. Se trata del desarrollo de mandatos constitucionales claros: "el Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia" (artículo 43, C.P.); son derechos fundamentales de los niños "tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor (...)" (artículo 44, C.P.); "el Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia" (artículo 42, C.P.).

Acerca de una de las razones constitucionales en las que se funda la Ley 750 de 2002, la protección a la mujer cabeza de familia, ya se habló en el apartado anterior. A continuación la Corte se ocupará de la otra razón constitucional en que se funda esta norma, la protección especial a la niñez y el derecho de esta al cuidado en el seno de una familia.

4.3. En la sentencia C-157 de 2002 se analizó el artículo 44 de la Carta, dedicado a los derechos de los niños y niñas, en los siguientes términos,

"El primer aspecto a resaltar de esta norma es la doble categorización que hace de las garantías contempladas para los menores. Por una parte, en su inicio, el artículo establece que los derechos de los niños son *fundamentales*. Este aspecto ha sido resaltado por la jurisprudencia constitucional,²⁶ dándole las consecuencias propias que en materia de protección y goce efectivo supone tal condición. Así, por ejemplo, son varios los casos de tutela en los que se ha salvaguardado decididamente los derechos de los niños en razón a su fundamentalidad.

El segundo aspecto general que ha de resaltarse es la condición de *prevalecia*, otorgada por el inciso final de la norma a los derechos de los niños. Esto es, en el caso en que un derecho de un menor se enfrente al de otra persona, si no es posible conciliarlos, aquel deberá prevalecer sobre éste. Ahora bien, como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, ningún derecho es absoluto en el marco de un Estado social de derecho, por lo que es posible que en ciertos casos el derecho de un menor tenga que ser limitado. Sin embargo, el carácter prevalente de los derechos de los niños exige que para que ello ocurra se cuente con argumentos poderosos."²⁷

Estas consideraciones hacen manifiesta no sólo la importancia que tienen de por sí estos derechos, sino también que cuando se encuentran irreconciliablemente enfrentados con otras garantías, ellos deben primar.

En la referida sentencia, también se analizó la Convención Sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, en la cual se contemplan derechos que por mandato expreso del artículo 44 de la

Carta están incorporados al orden constitucional vigente.

En aquella ocasión se resaltó el numeral primero del artículo 3º como una de las principales normas de la Convención, por consagrarse el principio de la defensa del interés superior del niño. Dice la norma,

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el *interés superior del niño*. (accento fuera del texto)

Se trata pues, de una norma que condiciona el actuar de la totalidad del Estado, así como de las instituciones privadas de bienestar social, a la hora de tomar decisiones en las que se vean afectados niñas y niños; siempre se ha de considerar, primordialmente, el *interés superior del menor*.²⁸ Los otros dos numerales de esta norma están dedicados a señalar la obligación de los Estados Partes de la Convención a tomar las medidas administrativas y legislativas orientadas a asegurar la protección y cuidado de los niños y las niñas, y la obligación de asegurarse que las instituciones creadas con tal fin se atengan a lo dispuesto por las normas que los rigen. Dice el segundo numeral del artículo tercero de la Convención:

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, *con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas*. (accento fuera del texto)

La propia Convención prevé la posibilidad de que el legislador adopte medidas diseñadas con el objeto de permitir que las personas encargadas del cuidado y la protección de los niños y niñas, lo hagan cabalmente. Según la Convención, los menores deben permanecer con sus padres, pues ello, en principio, es lo que más se ajusta al interés superior de éstos. No obstante, la propia Convención prevé casos en los que no sólo es posible separarlos de sus padres, sino que es una obligación hacerlo. El artículo 9 está dedicado exclusivamente a tratar ese tema en los siguientes términos,

ARTÍCULO 9

1. Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

Como se indicó, en principio todo menor debe estar bajo la custodia de sus padres, pues se presupone que eso es lo que más se ajusta al interés superior del niño. Se considera que los padres van a brindarle el amor y el cuidado que requiere y a garantizarle las condiciones adecuadas de crecimiento y desarrollo integral. Así pues, la separación del menor es una excepción que se funda en la misma razón que la regla, es decir, ésta debe darse cuando, precisamente, sea lo que más promueve el interés superior del niño y de la niña.

Ahora bien, el inciso cuarto plantea la hipótesis de que se separe al menor de alguno de sus padres, debido a que el Estado tomó algún tipo de medida represiva. La Convención acepta que esto pueda ocurrir y precisa que en este caso surge un deber de información. En la legislación interna es el Código del Menor el estatuto dedicado a señalar cuándo un menor se encuentra en situación irregular,²⁹ con especial atención a los casos en que ello se debe a que el menor está en situación de abandono o peligro.³⁰ El Código indica además, cuáles son los organismos estatales encargados de proteger a los menores, las medidas que pueden tomar en los casos en que se constate que el menor se encuentra en una situación irregular, así como los procedimientos que se ha de seguir en dichos casos.

4.4. Sin embargo, los derechos de las niñas y de los niños, pese a su especial protección, dentro de un estado social y democrático de derecho como el colombiano tienen límites como cualquier otra garantía constitucional. Concretamente la jurisprudencia constitucional ha indicado que uno de esos límites se encuentra cuando la madre de un menor solicita que se le conceda el derecho de detención domiciliaria, y a pesar de que eso sea lo mejor para sus hijos, se le niega por representar ello un peligro o una amenaza grave para la paz y tranquilidad de la sociedad. Dijo la Corte en la sentencia T-598 de 1993,

²⁴24. Sin embargo, de la necesidad de proteger los derechos fundamentales del menor no se sigue necesariamente que su madre deba salir de la

prisión. La existencia de un derecho fundamental cuya protección ponga en tela de juicio una parte esencial de la organización del Estado debe conducir a la adecuación de las instituciones, de tal manera que permitan la efectividad de los derechos. Lo anterior, sin embargo, deberá hacerse sin arriesgar ni poner gravemente en peligro las instituciones constitucionales legítimas del régimen punitivo.

(...) Permitir indiscriminadamente y por principio la detención domiciliaria de las madres de menores, no sólo pone en entredicho la seguridad del Estado y la tranquilidad ciudadana, sino que no soluciona el verdadero problema. Esto es, la humanización de las condiciones carcelarias.³¹

De esta manera, la jurisprudencia constitucional considera, por una parte, que es legítimo para el legislador introducir derechos en materia penal a mujeres que se encuentran privadas de la libertad, como por ejemplo la prisión domiciliaria; pero por otra, considera que no concederla a una mujer cabeza de familia cuando ésta pone en riesgo la seguridad de la comunidad y puede representar una amenaza para los derechos de los asociados, es legítimo, porque es constitucional restringir esa posibilidad en tales condiciones.

4.5. La medida concreta que eligió el legislador para desarrollar los mandatos constitucionales de defensa a la mujer cabeza de familia, a la niñez y a la familia, y con la cual pretende solucionar así el problema cada día más creciente de niños y grupos familiares abandonados porque la cabeza del hogar está en la cárcel, es permitir que las mujeres que se encuentran privadas de la libertad en un centro de reclusión penitenciaria cumplan la condena en su lugar de residencia. De esta manera podrán atender sus responsabilidades como cabezas de la familia y no dejen desprotegidos y entregados a su suerte a sus hijos o demás personas a su cargo, siempre y cuando: (i) sea lo mejor en *el interés superior del menor* y (ii) no represente un peligro o amenaza para los derechos de los demás y la tranquilidad de la sociedad. Se dijo en la formación de la ley:

"En desarrollo del cumplimiento de estos objetivos se busca facilitar el rol de la mujer colombiana cabeza de familia privada de la libertad, ya que esta circunstancia lleva a que los menores e incapaces que se encuentran bajo su cargo queden desamparados, puesto que es ella la única encargada de su protección, manutención y cuidado.

Bajo estas circunstancias, se propone la pena sustitutiva de prisión domiciliaria, la medida de aseguramiento denominada detención domiciliaria y la redención de la pena por trabajo comunitario para que la mujer cabeza de familia se pueda reintegrar a su rol de madre, ya que se ha considerado que los centros penitenciarios o carcelarios son un agente disociador y desintegrador de los hogares y según nuestra Constitución Política el Estado debe garantizar la protección a la familia como núcleo fundamental de la sociedad."³²

Es importante subrayar que en ningún momento el legislador ha pretendido suprimir a la mujer cabeza de familia la pena que se le ha impuesto, o propiciar algún tipo de impunidad. La mujer destinataria de la norma acusada ha sido condenada y debe cumplir su pena. El derecho concedido por el legislador en este caso, se enmarca dentro de las nuevas instituciones jurídicas penales que ofrecen alternativas a las penas privativas de la libertad que se cumplen en un centro de reclusión, las cuales permiten sancionar al delincuente por su acto, pero a la vez, evitan los problemas y defectos de las sanciones tradicionales, en especial para lograr la función de resocialización de la pena.

En efecto, la disposición contenida en el artículo 1º de la Ley 750 de 2002 contempla de manera especial para la mujer cabeza de familia la *prisión domiciliaria*, institución propia del derecho punitivo que se encuentra consignada en el artículo 38 del Código Penal,³³ artículo sobre el que se ha manifestado parcialmente esta Corporación.³⁴ La figura que se analiza en la presente demanda - es decir: el medio elegido por el legislador para atender el problema de la gran cantidad de familias abandonadas a su suerte debido a que la mujer que estaba a cargo de ella actualmente se encuentra recluida en prisión- es la prisión domiciliaria, contemplada especialmente para la mujer cabeza de familia.

4.6. Una objeción que podría manifestarse en contra de la Ley 750 de 2001 es que se trata de una figura que no es adecuada para proteger los derechos de los menores, precisamente porque las mujeres beneficiadas con este derecho son personas que han cometido un delito y han sido condenadas. El hecho de que estén privadas de la libertad, sostendría la objeción, quiere decir que merecen estar aisladas pues no son un "buen elemento para la sociedad", y por tanto, mucho menos para su familia. La Corte Constitucional no comparte esta objeción. Aunque en ocasiones no es aconsejable que la mujer cabeza de familia privada de la libertad regrese con su familia, en muchos casos sí lo es. Al respecto, y con ocasión de una demanda en contra del artículo 153 del Código Penitenciario y Carcelario vigente (Ley 65 de 1993), que permite a las madres privadas de la libertad tener en prisión a su hijo si este es menor de tres años, la Corte dijo en la citada sentencia C-157 de 2002,

"Si bien es cierto que permitir la estadía del menor durante sus primeros años de vida en la cárcel puede afectar su desarrollo armónico e integral, el no hacerlo significa privarlo del contacto frecuente con su madre, separarlo de ella en una etapa de su vida en la que la relación materno-filial es determinante. Además, cuando a un menor se le impide estar durante la primera etapa de la vida con su madre en razón a que está interna en un centro de reclusión, se le limita su derecho a tener una familia, a no ser separado de ella, como expresamente lo manda la Constitución. También se le limita la posibilidad de ser amamantado, que si bien no es necesario que ocurra, si es valioso, pues reporta beneficios en el desarrollo del menor y sirve para garantizarle una alimentación equilibrada, como es su derecho. En no pocos casos privar a un menor de la compañía de su madre implica separarlo de una de las personas que mayor afecto y atención le puede brindar, con lo que se estaría afectando gravemente el derecho constitucional de todo niño y toda niña a recibir *cuidado y amor*.³⁵³⁶

Por supuesto que no en todos los casos lo mejor en el *interés superior del menor* es que la madre privada de la libertad se ocupe nuevamente de él. Pero esto fue tenido en cuenta por el legislador en el diseño de la prisión domiciliaria para la mujer cabeza de familia desde el inicio del trámite legislativo de la Ley 750 de 2002. Durante los debates, siempre estuvo presente el siguiente interrogante: ¿a cualquier mujer cabeza de familia se le debe conceder este derecho, sin importar quién sea, qué delito cometió, o cuál es, en verdad, el tipo de relación que mantiene con el grupo familiar? La respuesta a este interrogante y a otros similares, llevó a incluir en el diseño de la figura jurídica acusada condiciones para acceder al derecho, requisitos para conservarlo y mecanismos para permitir a las autoridades adoptar las medidas necesarias para ejercer un

adecuado control, elementos normativos con los cuales se asegura que el derecho consagrado a favor de ellas, en realidad se ajuste a los mandatos constitucionales que se pretende desarrollar. Pasa la Corte a exponer estos elementos normativos.

4.6.1. El primer elemento de diseño es la exclusión de este derecho a las mujeres que hayan cometido ciertos delitos. Se decidió que las mujeres que habían cometido las conductas más graves no deberían poder beneficiarse de la prisión domiciliaria. Así en la ponencia para primer debate en comisión en la Cámara de Representantes, el primero del trámite del Proyecto de Ley, se dijo lo siguiente:

"Con el presente proyecto de ley, se pretende ampliar los beneficios que la Ley 82 de 1993 concedió a la mujer cabeza de familia, sin embargo presentamos un pliego de modificaciones tales como:

1. En el artículo primero del proyecto no distingue en qué delitos la ejecución de la pena privativa de la libertad para las madres cabeza de familia, se cumple en su domicilio; lo anterior significa que una mujer que obre como autora o partícipe de delitos tales como secuestros, masacres, extorsión o desaparición forzada de personas, pueden cumplir su pena en su domicilio o residencia, contrariando la función preventiva y retributiva que cumple la pena, funciones expresamente reconocidas por la Corte Constitucional como propias de los fines que debe cumplir la pena en nuestro Estado."³⁷

En un primer momento se excluyó del derecho a las autoras y partícipes de los delitos de extorsión, secuestro, desaparición forzada y masacre. Finalmente se eliminó de la norma "masacre", y a los anteriores se sumaron genocidio, homicidio, delitos contra las cosas o personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, o quienes registren antecedentes penales, salvo por delitos culposos o delitos políticos (artículo 1º, inciso 3; Ley 750 de 2002).

4.6.2. El segundo elemento del diseño del derecho consiste en que el juez deberá valorar en el caso concreto el desempeño personal, laboral, familiar o social de la condenada, de tal suerte que pueda inferir que ella no colocará en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo, hijos menores de edad o hijos con incapacidad permanente (artículo 1º, inciso segundo, Ley 750 de 2002).

4.6.3. El tercer elemento consiste en las obligaciones que adquiere la mujer: (a) avisar cualquier cambio de residencia, (b) observar buena conducta, en especial con aquellas personas a su cargo, (c) permitir las visitas oficiales y demás medidas necesarias para que la autoridad pueda ejercer el debido control (artículo 1º, incisos 4-9; Ley 750 de 2002).

4.6.4. El cuarto elemento es mantener la posibilidad de que la pena de prisión principal en un centro de reclusión, sea impuesta nuevamente cuando: (a) la mujer cabeza de familia viole alguna de las obligaciones fijadas por la propia Ley 750 de 2002, (b) se evada o incumpla la reclusión, (c) continúe desarrollando actividades delictivas o (d) cuando deje de ser *mujer cabeza de familia* o incumpla sus obligaciones como tal (artículo 2º, Ley 750 de 2002).

Así pues, los elementos normativos con los que ha sido diseñada la institución de la prisión domiciliaria para la mujer cabeza de familia, aseguran que ella se aplique cuando en realidad es lo mejor para la familia y no se pongan en riesgo los derechos de los demás. La medida no sólo responde a los objetivos planteados por el legislador en este caso, también atiende a las exigencias de resocialización, puesto que para muchas de las personas objeto de esta medida la permanencia en un centro de reclusión puede en lugar de ayudar a este propósito generar, el efecto contrario. Cumplir la condena junto a los suyos, es un ambiente más propicio para reintegrar a la persona condenada al seno de la sociedad.

4.7. Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, estima la Corte que la prisión domiciliaria para la mujer cabeza de familia, es una medida de apoyo especial diseñada por el Congreso de la República dentro de la libertad de configuración que le es propia, que, además, constituye un cabal desarrollo de los mandatos constitucionales de protección a la niñez. No obstante, el actor sostiene que esta medida desconoce el principio de igualdad, con base en tres tipos de comparaciones entre diferentes grupos de personas. Pasa la Corte a analizar cada una de tales situaciones.

5. El legislador puede adoptar medidas de protección de personas que integran grupos respecto de los cuales la Constitución, expresamente, establece un mandato de apoyo especial, sin que ello desconozca el principio de igualdad

5.1. En su demanda, el actor considera que el artículo 1º de la Ley 750 de 2002 vulnera la Constitución desde perspectivas diferentes, dando a cada una de ellas lugar a un problema jurídico distinto. La primera perspectiva es la de los que pueden acceder al derecho creado por la ley. Por eso, el actor parte de una comparación entre el grupo de mujeres cabeza de familia privadas de la libertad y los hombres que se encuentren de hecho en una condición similar. A ello se agrega, por sugerencia del Procurador, una comparación entre el grupo de mujeres cabeza de familia condenadas a una pena privativa de la libertad y el resto de personas en igual situación. La segunda perspectiva parte de una óptica diferente: la de los menores cuyo padre o madre ha sido condenado a pena de prisión. Ya no se trata de una comparación entre el grupo de mujeres cabeza de familia y otros casos similares. Se trata de una comparación entre el grupo de menores que dependen de su madre privada de la libertad, los cuales tendrían derecho a estar con ella, y el grupo de los niños hijos de un padre cabeza de familia que no tendrían tal derecho, en razón a que el padre que los cuida es el hombre, no la mujer. Este última perspectiva será tratada más adelante; por ahora se resolverán las dos primeras cuestiones.

5.2. El primer problema es el siguiente: ¿Desconoce el principio de igualdad y el derecho a la familia de los hombres recluidos en prisión, una ley que le concede a la *mujer cabeza de familia* que ha cometido un delito y ha sido condenada a una pena privativa de la libertad, la posibilidad de que la cumpla en su residencia junto a sus hijos o a las personas dependientes a su cargo, pero no a los hombres que se encuentren, de hecho, en una situación similar?

5.2.1. El demandante sostiene que como hombres y mujeres nacen libres e iguales y deben recibir el mismo trato y gozar de los mismos derechos y oportunidades, según el artículo 13 de la Constitución, la medida a favor de las mujeres cabeza de familia, también debió extenderse a los hombres cabeza de familia, máxime si el artículo 43 de la Constitución señala que la mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. Por ello estima que la ley ha debido hablar de "persona" cabeza de familia y no tan sólo de "mujer".

5.2.2. Para la Corte, este cargo por violación al principio de igualdad no prospera. No se pueden confundir dos derechos claramente distintos, ambos protegidos por el principio de igualdad. El primer derecho consiste en que los hombres y las mujeres sean tratados igual, es decir, impide la discriminación por razones de sexo. El segundo derecho consiste en que las mujeres, habida cuenta de una tradición de discriminación sexual que el constituyente no sólo quiso abolir sino remediar, sean titulares de medidas legislativas específicas en favor de ellas, no de los hombres. La norma acusada constituye un desarrollo de este segundo derecho amparado por una concepción sustantiva no formal de la igualdad, encaminada a que, como se recordó en la Asamblea Constituyente,³⁸ se pase de una igualdad formal ante la ley a una igualdad real ante la vida.

En este orden de ideas, el derecho a la igualdad de trato no exige, por sí solo, extender a un hombre un beneficio creado por el legislador para desarrollar el derecho constitucional - específicamente consagrado en el artículo 43 - en favor de las mujeres a recibir medidas de apoyo o protección especial como un tipo de acción afirmativa. Ello sería ir abiertamente en contra del propósito del constituyente.

Las llamadas acciones afirmativas fueron expresamente permitidas en la Carta para que el legislador pudiera, sin violar la igualdad, adoptar medidas en favor de ciertas personas o grupos, sin tener que extender el beneficio resultante a otras personas o grupos que, por ello, se consideraran discriminadas. Esto se predica no sólo de las mujeres, sino también de otros sujetos especialmente protegidos por la Constitución. Por ejemplo, *prima facie* no podría una persona no discapacitada solicitar que se le extiendan las medidas de protección establecidas para los discapacitados (artículo 47, C.P.), alegando únicamente el derecho a la igualdad de trato. Tampoco podría un adulto, invocando el mismo derecho, exigir que se le extiendan las medidas consagradas en beneficio de las personas de la tercera edad (artículo 46, C.P.). Cuando la Constitución protegió de manera especial a ciertos sujetos, permitió que sólo ellos fueran destinatarios de medidas específicas en su favor con el fin de avanzar hacia una sociedad menos desigual y un orden justo (artículos 2 y 13 C.P.).

Por eso, es necesario distinguir entre dos grandes tipos de acciones afirmativas adoptadas por el Estado, particularmente por el legislador. En primer lugar, las acciones afirmativas pueden encontrar fundamento en los incisos finales del artículo 13 de la Carta según los cuales "el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados. || El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan." En estos casos, el constituyente no indicó de manera específica quiénes podrían ser beneficiarios de estas medidas favorables, sino que señaló criterios materiales para justificarlas, como la marginación de un grupo o la debilidad manifiesta de una persona por su condición económica. Por eso, el legislador puede escoger los sujetos beneficiarios de tales acciones afirmativas. En segundo lugar, las medidas favorables pueden encontrar soporte constitucional en varias normas superiores que protegen de manera especial a ciertos sujetos, como sucede con las personas de la tercera edad, (artículo 46, C.P.), los discapacitados (art 47, C.P.), los adolescentes (art 45, C.P.), los niños y niñas (art 44, C.P.) y las mujeres (art 43, C.P.), por citar algunos ejemplos. En estos casos, el constituyente indica de manera expresa cual es el grupo de sujetos que puede ser beneficiado por una acción afirmativa y, en ocasiones, en qué consiste dicha acción, cuál es su finalidad o cuáles son las condiciones específicas en que éstas son constitucionalmente justificadas.³⁹

Así pues, constitucionalmente no es admisible que un hombre cabeza de familia solicite que se le extienda una medida adoptada por el legislador en apoyo a la mujer cabeza de familia, con base en una supuesta vulneración al principio de igualdad, cuando precisamente el artículo 43 de la Carta Política, tiene por finalidad servir de sustento constitucional al Legislador y al Estado en general para que adopte medidas a favor de ese grupo sin tener que extenderlo a otros, en especial su punto de comparación inmediato, el de los hombres en las mismas circunstancias. No obstante, la Corte ha señalado que las acciones afirmativas deben respetar la Constitución para evitar, entre otros, que se conviertan en medidas irrazonables o desproporcionadas,⁴⁰ que se traduzcan en discriminaciones en perjuicio de otras personas o grupos, o que desconozcan los derechos constitucionales de otros sujetos.⁴¹ Como en este caso, la medida de apoyo se funda en una cláusula constitucional que expresamente define a las mujeres cabeza de familia como un grupo separado y distinto destinatario de acciones afirmativas, y la medida no implica la distribución de un recurso escaso, ni comporta en sí misma un perjuicio para otros sujetos que pudieran aspirar a recibir, en lugar de la mujer cabeza de familia, el derecho especial reconocido, la Corte no estima necesario entrar a aplicar estos parámetros en el presente caso.

5.3. El segundo problema jurídico relativo a la igualdad de trato - sugerido por el Procurador General en su concepto - es el siguiente: ¿Viola el legislador el principio de igualdad al permitir que se pueda conceder el derecho de prisión domiciliaria a la mujer cabeza de familia, incluso para delitos cuya pena privativa de la libertad sea superior de 5 años, cuando la ley penal general excluye estos casos (personas sancionadas con penas de más de 5 años de prisión) de la posibilidad de acceder a este derecho?

A partir de las mismas premisas expuestas, concluye la Corte que no se incurrió en una violación del derecho a la igualdad en este aspecto y, por lo tanto, no es necesario condicionar la norma a que se entienda incluido este requisito. No es así, pues aunque en ambos casos se trata de la misma figura (prisión domiciliaria), en uno y otro evento son distintas las razones que justifican la adopción de ésta. En el primer caso se trata de explorar nuevas formas de sanción que, por una parte, aseguren que las personas que han cometido un delito cumplan una condena, pero por otra, que las sanciones también cumplan de la mejor forma posible su función resocializadora, sin llegar a poner en riesgo los derechos de los asociados. En el segundo caso, en cambio, una razón adicional que justifica conceder a una mujer cabeza de familia esta medida de apoyo especial, es proteger los derechos fundamentales de los niños "al cuidado y amor" (artículo 44 C.P.) y aliviar la pesada carga que, para atender sus diversas responsabilidades, recae sobre una mujer cabeza de familia. La duración de la pena no es un criterio conducente a estos propósitos.

Por el contrario, habida cuenta de las finalidades mencionadas, sería contraproducente impedir que una mujer cabeza de familia acudiera a este derecho cuando, a pesar de cumplir todos los requisitos para ello y comprobase la necesidad de proteger a sus hijos menores de edad, por ejemplo, la pena a ella impuesta fue mayor a cinco años.

La Ley 750 de 2002 consagra legítimamente un régimen especial en materia de prisión domiciliaria, en desarrollo de específicos mandatos constitucionales a favor de la niñez y de apoyo a la mujer cabeza de familia. En conclusión, el principio de igualdad no exige extender a los hombres, la medida de apoyo especial a las mujeres cabeza de familia consistente en acceder, cuando reúnan ciertos requisitos de ley, al derecho a la prisión domiciliaria. Tampoco el derecho a tener una familia impide que quién ha sido sancionado a pena de prisión sea separado de su familia y, por ello, el derecho mencionado no tiene que ser concedido también a los hombres cabeza de familia para que éstos puedan disfrutar de su familia.

La Corte, por último, pasa a analizar el cargo que enfoca el mismo problema desde otra perspectiva: la de los niños y las niñas cuyos progenitores han sido sancionados a pena de prisión.

6. Los menores que hacen parte de un núcleo familiar que depende de su padre, tienen el mismo derecho fundamental que los que hacen parte de un núcleo familiar que depende de la madre

6.1. Teniendo en cuenta que una de las justificaciones de la medida es proteger a los niños y personas dependientes en el seno familiar, puede entonces replantearse el problema jurídico en los siguientes términos: ¿Es contrario al artículo 44 superior una norma que protege el derecho de los menores a recibir amor y cuidado cuando dependen de una *mujer cabeza de familia*, pero no así a los que dependen de su padre, cuando éste sea cabeza de familia?

Para que la respuesta a esta cuestión sea negativa debe existir un criterio razonable y objetivo que justifique, constitucionalmente, hacer tal distinción y no garantizar los derechos fundamentales de los niños a tener una familia y al "cuidado y amor" (art. 44, C.P.) cuando la persona cabeza de familia de quien dependen es el padre.

6.2. Luego de analizar las motivaciones que llevaron al legislador a adoptar la medida de protección objeto de la demanda en el presente proceso, considera la Corte que la razón que llevó a excluir a los hombres del derecho en cuestión, antes que responder a una decisión conciente de no querer conceder esta protección a los niños, responde al hecho de que el problema social de dimensiones importantes lo constituyen los grupos familiares que dependen únicamente de la mujer. En la medida que se quería atender a una realidad específica (el número de *mujeres de cabeza de familia* en prisión) no contempló el legislador casos diversos a ése. El problema al que se enfrenta la sociedad con relación al género masculino en torno a las responsabilidades en el hogar, antes que versar sobre cómo puede hacer el Estado para apoyar a los hombres, tiene que ver con cómo puede hacer el Estado para obligar a los padres a cumplir sus obligaciones básicas, como ocurre en muchos casos, por ejemplo, con el deber de pagar una cuota alimentaria.

El fenómeno de los padres cabeza de familia, si bien no tiene la magnitud ni la dimensión del fenómeno de las mujeres cabeza de familia, sí existe y, cada día, va en aumento. Según la Encuesta Nacional de Demografía y Salud de Profamilia, el 61% de los niños vive con ambos padres. El 27% vive solamente con la madre, de los cuales el 23.3% tienen el padre vivo y el 3.7% restante no. El 2.7% de los niños vive sólo con el padre, de los cuales tan sólo el 0.3% tiene la madre muerta; en el 2.4% de los casos la madre está viva.⁴² En la medida en que las mujeres han logrado ir superando los estereotipos y prejuicios, los hombres a su vez han comenzado a desempeñar nuevos roles, como por ejemplo, participar activamente en las actividades y labores que demanda la crianza de los hijos. Los casos de hombres solos encargados de una familia con varios hijos no son muy frecuentes, pero como se mostró, sí existen y en tales situaciones, si el padre es condenado a una pena privativa de la libertad, los niños pueden quedar en la misma condición de abandono en que se encontrarían los hijos de una mujer cabeza de familia condenada a prisión. ¿Si la situación de abandono justifica conceder un derecho especial a la mujer para poder garantizar los derechos del niño, por qué no se justifica una medida similar en aquellos casos en que los menores dependen, no económicamente, sino para su salud y su cuidado, de un hombre? El legislador no abordó esta cuestión, pues su preocupación era un problema social de gran envergadura, a saber: el número considerable de mujeres cabeza de familia en prisión.

6.3. No existe por lo tanto, algún tipo de finalidad a la cual se propenda al no contemplar una medida de protección para los niños de un padre cabeza de familia. No fue un asunto objeto de debate. Simplemente no se tuvo en cuenta esta situación. Ahora bien, quiere ello decir que no se cumple siquiera con el primer requisito que se demanda de una norma al analizar su razonabilidad, pues la medida no está encaminada hacia algún fin legítimo. Nada justifica proteger a unos menores y desproteger a otros en las mismas condiciones, tan sólo porque el sexo de la persona cabeza de la familia a la cual pertenecen es distinto.

La decisión que debe tomar la Corte está llamada a no promover ni el estereotipo que pesa en cabeza de las mujeres ni el estereotipo que se proyecta en los hombres. Si el prejuicio en el caso de las mujeres es que están "naturalmente" llamadas a encargarse de la crianza de los hijos y a realizar las labores domésticas, el estereotipo reflejo en el caso de los hombres es que su lugar está en las actividades de provisión de sustento realizadas en la esfera pública y, por lo tanto, los asuntos del hogar y el cuidado de los menores no son un asunto "para ellos", ni siquiera en el caso de los hijos propios.

Por estas razones la Corte también reconocerá el derecho de prisión domiciliaria en los términos en que está consagrado en la Ley 750 de 2002 a aquellos hombres que se encuentren en la misma situación, de hecho, que una mujer cabeza de familia que esté encargada del cuidado de niños, y cuya presencia en el seno familiar sea necesaria, puesto que efectivamente los menores dependen, no económicamente, sino en cuanto a su salud y su cuidado, de él. De esta manera la Corte asegura la posibilidad de que se cumpla el deber que tienen los padres en las labores de

crianza de sus hijos alejándose así del estereotipo según el cual, el cumplimiento de este deber sólo es tarea de mujeres y tan sólo a ellas se les pueden reconocer derechos o beneficios para que cumplan con dichas labores. Con esta decisión se asegura a la vez, que los titulares del derecho realmente se lo merezcan, en razón a que es lo mejor en el *interés superior del niño*, no una medida manipulada estratégicamente en provecho del padre condenado que prefiere cumplir la pena en su residencia. Compete a los jueces penales en cada caso velar porque así sea.

6.4. Entonces, considera la Corte que el legislador no puede proteger exclusivamente los derechos al cuidado y amor de los niños y niñas, dada su estrecha relación con sus derechos a la salud y con su desarrollo integral, cuando éstos se ven expuestos a riesgos y cargas desproporcionadas por la ausencia de la madre, puesto que dependen de ella por ser la cabeza de la familia, y desentenderse completamente de los derechos de los menores cuando dependen del padre.

Ahora bien, esta Corporación constata, como se dijo, que el problema de los padres cabeza de familia que se encuentran condenados a prisión, es menor frente al caso análogo de las mujeres. Por ello, la medida se justifica constitucionalmente tan sólo en aquellos casos en que los derechos de los menores podrían verse efectiva y realmente afectados. No basta con que el hombre se encargue de proveer el dinero necesario para sostener el hogar y asegurar así las condiciones mínimas de subsistencia de los hijos. El hombre que reclame este derecho debe demostrar que, en verdad, ha sido una persona que les ha brindado el cuidado y el amor que los niños requieren para un adecuado desarrollo y crecimiento.

6.5. Constata la Corte que la norma parcialmente acusada alude tanto a los hijos menores como a los mayores "con incapacidad mental permanente". Las consideraciones anteriores son extendibles a estos últimos en virtud del artículo 42 de la Constitución según el cual los principales deberes de los padres para con sus hijos subsisten "mientras sean menores o impedidos".

6.6. Por lo tanto, los apartes acusados del artículo 1º de la Ley 750 de 2002, serán declarados exequibles en el entendido de que el derecho puede cobijar también a los padres con hijos menores o impedidos que, de hecho, se encuentran en la misma situación que los hijos de una mujer cabeza de familia, cuando ello sea necesario para proteger, en las circunstancias del caso, el *interés superior del menor o del hijo impedido*.

Es de anotar que la protección consagrada por la Ley 750 de 2002 para el caso de las mujeres es más amplia, por cuanto la categoría *mujer cabeza de familia*, incluye también otras hipótesis, todas ellas contenidas en la Ley 82 de 1993, que regula la figura.

7. Responsabilidad de los jueces en la verificación del cumplimiento de los requisitos de ley para acceder a la prisión domiciliaria.

La decisión que adopta la Corte en el presente fallo, se explica entre otras razones, porque se trata de una norma general que autoriza al funcionario judicial competente para conceder el derecho de prisión domiciliaria, cuando se cumplan las condiciones y requisitos fijados por la propia Ley. En otras palabras, mediante este fallo la Corte no confiere a nadie en concreto el derecho en cuestión. Serán los jueces los que en cada evento deberán analizar, a partir de un acervo probatorio pertinente y suficiente, las condiciones específicas del caso así como su contexto, para adoptar la determinación de si se concede o no el derecho, en el *interés superior del menor o del hijo impedido*, no del padre. Por lo tanto, de las pruebas debe deducirse la existencia de una necesidad manifiesta de proteger este interés superior.

A la luz del principio según el cual toda decisión de un órgano del Estado ha de estar guiada por el interés superior del menor, los jueces son quienes deben valorar, a partir de las pruebas especialmente aportadas para el efecto y las que sea necesario practicar a criterio del juez, si el niño claramente requiere o no la presencia del padre que invoca el derecho legal en cuestión. Son los jueces quienes deben impedir, en cada caso, que mediante posiciones meramente estratégicas, un hombre invoque su condición de ser cabeza de familia tan sólo para acceder en beneficio personal a la prisión domiciliaria. Por ello, el juez debe valorar (i) que la medida sea manifiestamente necesaria, en razón al estado de abandono y desprotección a que quedarían expuestos los hijos del condenado, (ii) que ésta sea adecuada para proteger el interés del menor y (iii) que no comprometa otros intereses y derechos constitucionalmente relevantes.

El Procurador en su intervención comparte la constitucionalidad de la disposición acusada, pero solicita a la Corte que condicione la exequibilidad de la norma en el entendido de que cuando la condena sea a una pena superior a 5 años, la decisión sólo se puede tomar con base en criterios objetivos. Este condicionamiento es a juicio de la Corporación innecesario, pues no solamente en el caso resaltado por el Ministerio Público, sino en todos los eventos, es preciso que se haga un análisis cuidadoso, con base en pruebas que obren en el expediente, mediante el cual el juez, a partir de criterios objetivos y ciertos, determine que se cumplen las exigencias contenidas en la Ley 750 de 2002, para poder acceder al derecho. Cabe reiterar que el derecho consagrado en la ley no opera de manera automática ni depende de la mera solicitud elevada por el interesado. Según el artículo 1º de la propia Ley, para acceder a este derecho deben cumplirse varios requisitos. Antes de conceder el derecho el juez debe haber valorado: (a) el desempeño personal, es decir, su comportamiento como individuo, (b) el desempeño familiar, o sea, la forma como ha cumplido efectivamente sus deberes para con su familia y la manera como se relaciona con sus hijos, (c) el desempeño laboral, con el fin de apreciar su comportamiento pasado en una actividad lícita y (d) el desempeño social, para apreciar su proyección como miembro responsable dentro de la comunidad. Con base en el estudio de la manera como se comporta y actúa en estos diferentes ámbitos de la vida, el juez debe decidir si la persona que invoca el derecho de prisión domiciliaria no pone en peligro: (i) a la comunidad, (ii) a las personas a su cargo, (iii) a los hijos menores de edad y (iv) a los hijos con incapacidad mental permanente. Así, el juez habrá de ponderar el interés de la comunidad en que personas que han tenido un comportamiento asociado, por ejemplo, a la criminalidad organizada y, por ende, pueden poner claramente en peligro a la comunidad, no accedan al derecho de prisión domiciliaria. En el mismo sentido iría en contra de la finalidad de la propia ley, conceder el derecho de prisión domiciliaria a quien en lugar de cuidar de los menores, los expondría a peligros derivados del contacto personal con éstos o de otros factores que el juez ha de valorar detenidamente en cada caso.

También corresponde al juez, en cada caso, analizar si aún las personas que reúnen éstos requisitos, no pueden acceder al derecho en razón a las prohibiciones que establece expresamente la ley. Éstas buscan excluir de la aplicación del derecho de prisión domiciliaria a los condenados que se inscriban en dos hipótesis. La primera consiste en haber sido condenado por ciertos delitos. Así, incluso quien cumpla los requisitos anteriormente mencionados, no podrá acceder a la prisión domiciliaria si fue autor o partícipe de "los delitos de genocidio, homicidio, delitos contra las cosas o personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, extorsión, secuestro o desaparición forzada". La segunda hipótesis comprende a las personas que "registren antecedentes penales, salvo por delitos culposos o delitos políticos". En esta segunda hipótesis el legislador no valoró la magnitud y trascendencia del delito cometido, como sí lo hizo en la primera hipótesis, sino la existencia de sentencias condenatorias ejecutoriadas por delitos cometidos anteriormente.

Adicionalmente, quién (a) no haya sido excluido expresamente por la ley y (b) reúna los requisitos materiales anteriormente mencionados, debe cumplir una condición de orden procedural consistente en (c) garantizar mediante caución el cumplimiento de varias obligaciones enunciadas en los incisos finales del artículo 1º de la Ley 750 de 2002. Dentro de tales obligaciones se destaca la de "permitir la entrada a la residencia, a los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión y cumplir las demás condiciones de seguridad impuestas en la sentencia, por el funcionario judicial encargado de la vigilancia de la pena y cumplir la reglamentación del INPEC. || El seguimiento y control sobre esta medida sustitutiva será ejercido por el juez, autoridad competente o tribunal que conozca del asunto o vigile la ejecución de la sentencia con apoyo en el INPEC, organismo que adoptará entre otros un sistema de visitas periódicas a la residencia de la pena para verificar el cumplimiento de la pena, de lo cual informará al despacho judicial respectivo"

El derecho se pierde cuando se incumple alguna de las obligaciones establecidas en la ley, como lo dispone expresamente el artículo 2 de Ley 750, cuyo tenor es el siguiente: "La pena principal privativa de la libertad sustituida por la que en esta ley se establece, se hará efectiva en cualquier momento en que la infractora violare alguna de las obligaciones impuestas acorde con esta ley, se evada o incumpla reclusión, fundamentalmente aparezca que continúa desarrollando actividades delictivas, o en el momento en que dejare de tener la calidad de mujer cabeza de familia, o incumpla sus responsabilidades como mujer cabeza de familia y tal hecho sea certificado por autoridad competente salvo que, en estos dos últimos casos, hubiere cumplido con las mencionadas obligaciones durante un lapso de tiempo equivalente a por lo menos las tres quintas (3/5) partes de la condena".

8. Conclusión

En conclusión, el legislador puede conceder el derecho de prisión domiciliaria a las mujeres cabeza de familia, sin que ello implique una violación al principio de igualdad por no reconocer el mismo derecho a los hombres, que de hecho, se encuentren en la misma situación puesto que las medidas de apoyo especial a las mujeres no son extendibles a los hombres con base en el derecho a la igualdad de trato. Tampoco constituye una violación del derecho a tener una familia que un condenado deba separarse de sus hijos para cumplir en una prisión la pena que le fue impuesta. Ni la igualdad de trato entre mujeres y hombres ni el derecho a la familia exigen que el derecho legal de las mujeres cabeza de familia a acceder a la prisión domiciliaria le sea extendido también a los padres cabeza de familia.

Sin embargo, en virtud de los derechos fundamentales de los niños, que prevalecen sobre los demás (artículo 44, C.P.), el legislador no puede proteger exclusivamente los derechos al cuidado y amor de los niños y niñas, dada su estrecha relación con sus derechos a la salud y con su desarrollo integral, cuando éstos se ven expuestos a riesgos y cargas desproporcionadas por la ausencia de la madre - puesto que dependen de ella por ser la cabeza de la familia - y desentenderse completamente de los derechos de los menores cuando dependen del padre. Desde la perspectiva de los menores, la desprotección de sus derechos sería contraria a la Constitución y, por ello, la norma parcialmente acusada será declarada constitucional con el condicionamiento mencionado. Se advierte que el padre cabeza de familia cuyos hijos dependen de él, no para su manutención económica sino para su cuidado y protección real y concreta, podrán acceder al derecho de prisión domiciliaria sólo cuando se reúnan los requisitos establecidos en la ley, y señalados en esta sentencia, para que el juez penal competente decida, en cada caso, si ello es manifiestamente necesario en aras del interés superior del hijo menor o del hijo impedido.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

Declarar EXEQUIBLES los apartes acusados del artículo 1º de la Ley 750 de 2002, en el entendido de que, cuando se cumplan los requisitos establecidos en la ley, el derecho podrá ser concedido por el juez a los hombres que, de hecho, se encuentren en la misma situación que una mujer cabeza de familia, para proteger, en las circunstancias específicas del caso, el *interés superior del hijo menor o del hijo impedido*.

Cópíese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

EDUARDO MONTEALEGRE LYNELL

Presidente

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

ÁLVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

Aclaración de voto a la Sentencia C-184/03

Referencia: expediente D-4218

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1º de la Ley 750 de 2002.

Magistrado Ponente:

Dr. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Muy respetuosamente me permito presentar las razones de mi aclaración de voto:

Como lo manifesté en la Sala Plena, la parte motiva de la sentencia contiene una contradicción en sí misma (contradictio injectio) ya que parte de dos premisas contradictorias, o el fundamento constitucional es el inciso final del artículo 43 de la Constitución o es el artículo 44 de la Constitución Nacional.

Si el fundamento es el artículo 43 de la Constitución, estamos dentro del marco de las denominadas acciones positivas, que son el conjunto de actos de una política pública que tiene como objetivo lograr la igualdad material. Los instrumentos de que se vale un Gobierno para obtener la promoción de la igualdad son básicamente cuatro: a) La persuasión, b) Los servicios de personal, c) Los recursos materiales y, d) Las normas jurídicas. Las acciones positivas son entonces el género que son comúnmente del cuarto tipo (normas jurídicas) y que constan de dos elementos particulares: 1. En que la acción correctora, no es sólo desigual sino también discriminatoria, ya que se refiere a un tipo especial de desigualdad pues la desigualdad se funda en rasgos inmodificables y transparentes de los individuos que los portan (por ejemplo el sexo, la raza) y 2. Que esos rasgos son valorados por algunos miembros de la sociedad de forma negativa o despectiva e incluso estigmatizadora; y, la segunda característica es que la discriminación inversa se produce respecto de bienes escasos (falta de puestos de trabajo, vivienda o cupos universitarios) lo que hace que el beneficio a unas personas sobre estos bienes tiene necesariamente un perjuicio para otras.

Esto hace que la discriminación inversa presente por lo menos dos atributos que la diferencian del resto de las acciones positivas: a) Se desarrollan en contextos de escasez de ciertos bienes y b) que el costo de la medida lo sufre un solo individuo, el que a sido discriminado.

No sobra recordar que sobre el uso de las políticas de discriminación inversa existe una gran controversia doctrinal, que no es del caso señalar en este momento; lo que no sucede en otras acciones positivas que tienen que ver con políticas públicas (como por ejemplo, la construcción de escuelas para todos). Esta discriminación positiva, por ejemplo, a favor de las mujeres debe ser entendida como un mecanismo transitorio y debe desaparecer con el tiempo cuando la igualdad entre el hombre y la mujer sean real y no meramente formal.

Si el fundamento es el inciso final del artículo 43 de la Constitución la norma es constitucional y no puede extenderse a los hombres cabeza de familia.

En cambio, si el fundamento de la norma es el artículo 44 de la Constitución, o sea, el interés superior del niño, no puede protegerse sólo a la

mujer cabeza de familia sino que debe entenderse el beneficio al padre cabeza de familia y en consecuencia deben ser declarados inconstitucionales las expresiones que se refieren sólo a la mujer.

Como el fundamento es el interés superior del niño y es indiferente para este interés el sexo de quien deba cuidarlo (mujer u hombre), es que estoy con la parte resolutiva, aunque no comparto parte de la motivación.

Fecha ut supra.

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1 Artículo 1°. La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá, cuando la infractora sea mujer cabeza de familia, en el lugar de su residencia o en su defecto en el lugar señalado por el juez en caso de que la víctima de la conducta punible resida en aquel lugar, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: || Que el desempeño personal, laboral, familiar o social de la infractora permita a la autoridad judicial competente determinar que no colocará en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo, hijos menores de edad o hijos con incapacidad mental permanente. || La presente ley no se aplicará a las autoras o partícipes de los delitos de genocidio, homicidio, delitos contra las cosas o personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, extorsión, secuestro o desaparición forzada o quienes registren antecedentes penales, salvo por delitos culposos o delitos políticos. || Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones: || Cuando sea el caso, solicitar al funcionario judicial autorización para cambiar de residencia. || Observar buena conducta en general y en particular respecto de las personas a cargo. || Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerida para ello. || Permitir la entrada a la residencia, a los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión y cumplir las demás condiciones de seguridad impuestas en la sentencia, por el funcionario judicial encargado de la vigilancia de la pena y cumplir la reglamentación del INPEC. || El seguimiento y control sobre esta medida sustitutiva será ejercido por el juez, autoridad competente o tribunal que conozca del asunto o vigile la ejecución de la sentencia con apoyo en el INPEC, organismo que adoptará entre otros un sistema de visitas periódicas a la residencia de la penada para verificar el cumplimiento de la pena, de lo cual informará al despacho judicial respectivo.

2 Artículo 2°.. La pena principal privativa de la libertad sustituida por la que en esta ley se establece, se hará efectiva en cualquier momento en que la infractora violare alguna de las obligaciones impuestas acorde con esta ley, se evada o incumpla reclusión, fundamentalmente aparezca que continúa desarrollando actividades delictivas, o en el momento en que dejare de tener la calidad de mujer cabeza de familia, o incumpla sus responsabilidades como mujer cabeza de familia y tal hecho sea certificado por autoridad competente salvo que, en estos dos últimos casos, hubiere cumplido con las mencionadas obligaciones durante un lapso de tiempo equivalente a por lo menos las tres quintas (3/5) partes de la condena.

3 Artículo 3°. Transcurrido el término privativo de la libertad contemplado en la sentencia, se declarará extinguida la sanción, salvo procedencia de otro beneficio que tenga igual o más favorable efecto.

4 Artículo 4°. La detención preventiva cuando proceda respecto de una mujer cabeza de familia, será sustituida por la detención domiciliaria en los mismos eventos y bajo las mismas condiciones consagradas en la presente ley para la pena sustitutiva de prisión domiciliaria.

5 Artículo 5°. La mujer cabeza de familia condenada a pena privativa de la libertad o la sustitutiva de prisión domiciliaria podrá desarrollar trabajos comunitarios de mantenimiento, aseo, obras públicas, ornato o reforestación y servicios en el perímetro urbano o rural de la ciudad o municipio sede del respectivo centro carcelario o penitenciario de residencia fijado por el juez, según el caso. El tiempo dedicado a tales actividades redimirá la pena en los términos previstos en el código penitenciario y carcelario. || Para tal efecto, el Director del respectivo centro penitenciario o carcelario o el funcionario judicial competente, según el caso, podrá acordar y fijar con el alcalde municipal, o el local las condiciones de la prestación del servicio y vigilancia para el desarrollo de tales actividades. || La mujer dedicada a tales labores deberá pernoctar en los respectivos centros penitenciarios o carcelarios o en el lugar de residencia fijado por el juez según el caso.

6 Artículo 6°. La aplicación de la presente ley se hará sin perjuicio de los demás beneficios consagrados en las normas penales o penitenciarias y carcelarias aplicables.

7 Artículo 7° La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación.

8 Constitución Política, artículo 43. La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. || *El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.*

9 Alda Facio Montejo explica con precisión las implicaciones de la asignación de roles. Al respecto señala que "el que se atribuyan características dicotómicas a cada uno de los sexos, tal vez no sería tan grave si las características con que se define a uno y otro sexo no gozaran de distinto valor, no legitimaran la subordinación del sexo femenino, y no construyeran lo masculino como el referente de todo lo humano." Alda Facio Montejo. *El Principio de Igualdad ante la Ley. En el contexto de una política para la eliminación de la discriminación sexual en: Avances en la construcción jurídica de la igualdad para las mujeres colombianas.* Santafé de Bogotá, Defensoría del Pueblo, 1995.

10 Corte Constitucional, sentencia C-368 de 2000 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) en este caso la Corte resolvió declarar inexistente el numeral 7º del artículo 140 del Código Civil según el cual el matrimonio era nulo y sin efectos en el siguiente caso: "7. Cuando se ha celebrado entre la mujer adúltera y su cómplice, siempre que antes de efectuarse el matrimonio se hubiere declarado, en juicio, probado el adulterio." (Salvamento parcial de voto del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz)

11 En un estudio sobre la legislación y la jurisprudencia acerca de los derechos de las mujeres titulado *Cuerpo y derecho*, se dice al respecto: "(...) La diferencia entre el ingreso de las mujeres y el de los hombres sigue siendo bastante alta en Latinoamérica, aunque la brecha se ha ido cerrando en la década de los noventa. Sin embargo, en la mayoría de los países las mujeres devengan 50% del salario percibido por un hombre en la misma situación." Luisa Cabal, Julieta Lemaitre, y Mónica Roa (ed.) *Cuerpo y Derecho*. Editorial Temis. Bogotá, 2001. Al respecto también puede consultarse Galvez, Thelam. CEPAL, serie mujer y desarrollo. Aspectos Económicos de la Igualdad de Género. Santiago de Chile, 2001.

12 Gaceta Constitucional N° 85 de mayo 29 de 1991. Informe-Ponencia para Primer Debate en Plenaria. Derechos de la Familia, el Niño, el Joven, la Mujer, la Tercera Edad y los Minusválidos. Constituyentes: Jaime Benítez Tobón, Angelino Garzón, Guillermo Perry, Iván Marulanda Gómez, Túlio Cuevas Romero y Guillermo Guerrero Figueroa.

13 Salud Sexual y Reproductiva en Colombia. Encuesta Nacional de Demografía y Salud. Profamilia. Bogotá, octubre de 2000. p.30

14 Gaceta Constitucional N° 85 de mayo 29 de 1991. *Op. cit.*

15 Salud Sexual y Reproductiva en Colombia. Encuesta Nacional de Demografía y Salud. Profamilia. Bogotá, octubre de 2000. p.11

16 Así se pronunció la Corte al respecto: "Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 42 de la Constitución Nacional, la familia puede constituirse o en virtud del matrimonio "o por la voluntad responsable de conformarla" por la decisión libre de un hombre y una mujer, es decir "por vínculos naturales o jurídicos", razón ésta por la cual resulta por completo indiferente para que se considere a una mujer como "cabeza de familia" su estado civil, pues, lo esencial, de acuerdo con la definición que sobre el particular adoptó el legislador en la norma acusada, es que ella "tenga bajo su cargo, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios o de 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", lo que significa que será tal, no sólo la mujer soltera o casada, sino también aquella ligada en unión libre con un ¿compañero permanente?." Corte Constitucional, sentencia C-034/99 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra).

17 Para una descripción cuidadosa de la jurisprudencia de esta Corte sobre los derechos de la mujer, ver el libro *Cuerpo y Derecho*, *op. cit.*

18 La Corte coincidió con el juez de segunda instancia en que no existía otro medio de defensa judicial idóneo para el caso: "En este caso estima la Corte Constitucional que, vistas las circunstancias en medio de las cuales se desenvuelven las relaciones entre la peticionaria y la empresa para la cual trabaja, particularmente su situación de indefensión respecto de ésta y la existencia de un parentorio proveído judicial no cumplido integralmente por la compañía condenada, los medios judiciales señalados por la juez de primera instancia como aptos para excluir la acción de tutela no lo son en realidad pues su utilización no aliviaría -al menos no con la oportunidad y la eficacia requeridas- la difícil coyuntura familiar en que ha sido puesta la demandante por la indolencia de su patrono y por la real inejecución de la orden judicial ya impartida." Sentencia T-593/92, M.P. José Gregorio Hernández.

19 La Corte conciente de que en este caso la accionante contaba con otros medios de defensa judicial que en principio deberían ser usados antes de recurrir al mecanismo de la acción de tutela, pero segura a la vez de que existía una situación concreta que afectaba gravemente los derechos de los niños, optó por conceder la tutela como mecanismo transitorio, mientras se resolvía de fondo la cuestión ante la jurisdicción contencioso administrativa.

20 Corte Constitucional, sentencia C-410 de 1994 (M.P. Carlos Gaviria Díaz). En este caso la Corte consideró que la diferencia fijada por la ley respecto a la edad de jubilación entre hombres (60 años) y mujeres (55 años) no viola el principio de igualdad, como lo sostenía el demandante.

21 El problema general fue expresado por la ponente del Proyecto en el mismo texto citado así: "El concepto de mujer de cabeza de familia refleja una fuerte incidencia de la inestabilidad de la unión, siendo por lo tanto la mujer quien se hace cargo de la prole cuando esta se separa, no habiendo pareja que asuma conjuntamente la dirección del hogar, para lo cual el Estado debe, por mandato de la Carta, darle un apoyo especial." Gaceta del Congreso N° 84 de 2002, Ponencia para Primer Debate al Proyecto de Ley 193 de 2001, Senado. Ponentes: Cecilia Rodríguez González-Rubio.

22 *Ibidem.*

23 Dice la Ponencia para Primer Debate al Proyecto de Ley 193 de 2001, Senado (Ponentes: Cecilia Rodríguez González-Rubio.): "(...) El artículo 44 de nuestra Carta establece el derecho que tienen todos los niños a tener una familia y a no ser separados de ella, igualmente consagra el derecho al cuidado y al amor, obligación que encuentra su fuente primigenia y natural en los padres. De la misma manera pretende resguardar la maternidad conforme al artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a la familia como núcleo de la sociedad." Gaceta del Congreso N° 84 de 2002.

24 Gaceta del Congreso N° 175 de 2002, Ponencia para Segundo Debate al Proyecto de Ley 193 de 2001, Senado. Ponente: Cecilia Rodríguez González-Rubio.

25 Gaceta del Congreso N° 84 de 2002, Ponencia para Primer Debate al Proyecto de Ley 193 de 2001, Senado. Ponente: Cecilia Rodríguez González-Rubio.

26 Con relación a la *fundamentalidad* de los derechos de las niñas y los niños ver entre otras las sentencias T-402/92 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y SU-043/95 (M.P: Fabio Morón Díaz).

27 Corte Constitucional, sentencia C-157 de 2002; M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. En este caso se decidió que *no desconoce los derechos del menor, una norma legal al permitir su permanencia en un centro de reclusión, hasta los tres años, junto a su madre privada de la libertad, siempre que condiciones de vida adecuadas y sistemas de protección efectivos garanticen la prevalencia de los derechos de los niños y protejan el interés superior del menor, el cual puede consistir en algunos casos en que el menor sea separado de la madre por decisión del juez competente*. Aclaración especial de voto de los Magistrados Jaime Córdoba Triviño, Eduardo Montealegre Lynett y Manuel José Cepeda Espinosa.

28 Este mandato se encuentra contenido en el Código del Menor básicamente en los mismos términos en el artículo 20. Dice la norma: "Las personas y las entidades tanto públicas como privadas que desarrollen programas o tengan responsabilidades en asuntos de menores, tomarán en cuenta sobre todo otra consideración, el interés superior del menor."

29 Código del Menor, Artículo 30.- Un menor se halla en situación irregular cuando: 1. Se encuentre en situación de abandono o de peligro. 2. Carezca de la atención suficiente para la satisfacción de sus necesidades básicas. 3. Su patrimonio se encuentre amenazado por quienes lo administren. 4. Haya sido autor o partícipe de una infracción penal. 5. Carezca de representante legal. 6. Presente deficiencia física, sensorial o mental. 7. Sea adicto a sustancias que produzcan dependencia o se encuentre expuesto a caer en la adicción. 8. Sea trabajador en condiciones no autorizadas por la ley. 9. Se encuentre en una situación especial que atente contra sus derechos o su integridad.

30 El Título Segundo del Código del Menor esta dedicado al menor abandonado o en peligro físico o moral, condición definida en el artículo 31 en los siguientes términos: "Un menor se encuentra en situación de abandono o de peligro cuando: 1. Fuere expósito. 2. Faltaren en forma absoluta o temporal las personas que, conforme a la ley, han de tener el cuidado personal de su crianza y educación; o existiendo, incumplieren las obligaciones o deberes correspondientes, o carecieren de las calidades morales o mentales necesarias para asegurar la correcta formación del menor. 3. No fuere reclamado en un plazo razonable del establecimiento hospitalario, de asistencia social o del hogar sustituido en que hubiere ingresado, por las personas a quienes corresponde legalmente el cuidado personal de su crianza y educación. 4. Fuere objeto de abuso sexual o se le hubiere sometido a maltrato físico o mental por parte de sus padres o de las personas de quienes el menor dependa; o cuando uno u otros lo toleren. 5. Fuere explotado en cualquier forma, o utilizado en actividades contrarias a la ley, a la moral o a las buenas costumbres, o cuando tales actividades se ejecutaren en su presencia. 6. Presentare graves problemas de comportamiento o desadaptación social. 7. Cuando su salud física o mental se vea amenazada gravemente por las desavenencias entre la pareja, originadas en la separación de hecho o de derecho, en el divorcio, en la nulidad del matrimonio o en cualesquiera otros motivos. || Parágrafo 1.- Se presume el incumplimiento de que trata el numeral 2 del presente artículo, cuando el menor está dedicado a la mendicidad o a la vagancia, o cuando no convive con las personas llamadas por la ley a tener su cuidado personal. Esta presunción admite prueba en contrario. || Parágrafo 2.- Para efectos de la situación prevista en el numeral séptimo del presente artículo, se consideran como agravantes aquellos comportamientos de los padres que al intensificar la angustia y la incertidumbre inherentes a esta situación vayan en detrimento del menor. Igualmente constituye agravante el que cualquiera de los padres antes o después de la separación, del divorcio o de la nulidad del matrimonio, traten de influir en el menor con el propósito de suscitar aversión de desapego hacia alguno de sus progenitores."

31 Corte Constitucional T-598 de 1993 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. En este caso la Corte reiteró los fallos de los jueces de instancia, según los cuales no se violaba el derecho de los hijos de la petente a tener una familia, por haberle negado la medida de detención domiciliaria.

32 Gaceta del Congreso N° 84 de 2002, Ponencia para Primer Debate al Proyecto de Ley 193 de 2001, Senado. Ponente: Cecilia Rodríguez González-Rubio.

33 Dice la norma del Código Penal: Artículo 38. La prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión. La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del sentenciado, o en su defecto en el que el Juez determine, excepto en los casos en que el sentenciado pertenezca al grupo familiar de la víctima, siempre que concurran los siguientes presupuestos: || 1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos. || 2. Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al Juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena. || 3. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones: 1) Cuando sea del caso, solicitar al funcionario judicial autorización para cambiar de residencia. 2) Observar buena conducta. 3) Reparar los daños ocasionados con el delito, salvo cuando se demuestre que está en incapacidad material de hacerlo. 4) Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello. 5) Permitir la entrada a la residencia a los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión y cumplir las demás condiciones de seguridad impuestas en la sentencia, por el funcionario judicial encargado de la vigilancia de la pena y la reglamentación del INPEC. || El control sobre esta medida sustitutiva será ejercido por el Juez o Tribunal que conozca del asunto o vigile la ejecución de la sentencia, con apoyo en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, organismo que adoptará, entre otros, un sistema de visitas periódicas a la residencia del penado para verificar el cumplimiento de la pena, de lo cual informará al despacho judicial respectivo. || Cuando se incumplan las obligaciones contraídas, se evada o incumpla la reclusión, o fundadamente aparezca que continúa desarrollando actividades delictivas, se hará efectiva la pena de prisión. || Transcurrido el término privativo de la libertad contemplado en la sentencia, se declarará extinguida la sanción.

34 En la sentencia C-581 de 2001 (M.P. Jaime Araujo Rentería) se declaró exequible el primer inciso del artículo 38 del Código Penal, por los

cargos alegados por el demandante en aquella ocasión relativos al principio de favorabilidad.

35 Estudios especiales sobre el tema resaltan que el menor al que se le priva de una adecuada relación con la madre suele tener características depresivas o agresivas, así como tener un bajo rendimiento en los estudios. (Moses Marilyn, Keeping Incarcerated Mothers and Their Daughters Together: Girl Scouts Beyond Bars. Página de internet: <http://www.ncjrs.org/txtfiles/girlsct.txt>).

36 Corte Constitucional, sentencia C-157 de 2002; M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Aclaración especial de voto de los Magistrados Jaime Córdoba Triviño, Eduardo Montealegre Lynett y Manuel José Cepeda.

37 Gaceta del Congreso N° 258 de 2001, Ponencia para Primer Debate al Proyecto de Ley 175 de 2001, Cámara. Ponentes: Nancy Patricia Gutiérrez C. y Jesús Ignacio García V.

38 Al respecto dijo el delegatario Horacio Serpa Uribe en debate del 16 de abril de 1991 en la Comisión Primera "(...) el tema que se discute le hace a uno recordar la famosa sentencia de Jorge Eliécer Gaitán, la de que ¿el pueblo no demanda la igualdad retórica ante la ley sino la igualdad real ante la vida?; a mí me parece que el sentido de la igualdad sin duda debe preservar la oportunidad o la facilidad para que el Estado empiece a propiciar situaciones de igualdad en el seno de la sociedad colombiana."

39 Sobre los tipos de acciones afirmativas en diversos países de Europa y América y su fundamento, ver "Les discriminations positives" en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle* (1997). *Economica y Presses Universitaires d'Aix-Marseille*. París, 1998.

40 Las acciones afirmativas relativas a la distribución de un recurso escaso (acceso a altos cargos del Estado) que puede legítimamente introducir el legislador para favorecer a un grupo marginado, guardan relación con un hecho mismo de exclusión relacionado con el beneficio que se quiere otorgar. Así, por ejemplo, en la sentencia C-371 de 2000 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) se declaró constitucional buena parte de la ley *por la cual se reglamenta la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisarios de las diferentes ramas y órganos del poder público de conformidad con los artículos 13, 40 y 43 de la Constitución Nacional y se dictan otras disposiciones*, en la cual se contemplan diferentes normas que constituyen mecanismos de acción afirmativa a favor de la mujer. En esta ocasión la Corte consideró, "(...) que el estímulo a la educación de las mujeres, que se impone, además, para toda la población en general, es sin duda esencial, pero con ello no se garantiza de manera eficaz el punto de llegada, o en otras palabras que la mujer, en un lapso corto, realmente acceda a los cargos de mayor jerarquía y de dirección en el poder público, que es en últimas el objetivo perseguido por el legislador." La Corte consideró que asegurar una cuota (un porcentaje) de mujeres en el poder era una medida razonable y proporcionada para garantizar su participación en un ámbito al cual les había sido tradicionalmente difícil acceder. Salvaron parcialmente el voto los Magistrados Eduardo Cifuentes Muños, Álvaro Tafur Galvis y Alejandro Martínez Caballero. Aclaró su voto el Magistrado Vladimiro Naranjo Mesa.

41 En la sentencia C-112 de 2000 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) se consideró que "(...) si las autoridades recurren a un criterio "sospechoso", pero para tomar medidas de acción afirmativa, destinadas a reducir la discriminación existente, es obvio que esas disposiciones no pueden estar sometidas al mismo escrutinio judicial que en aquellos eventos en que ese criterio ha sido utilizado para profundizar o perpetuar las desigualdades. Por ello, esta Corporación ha indicado que las acciones afirmativas están sometidas a una prueba intermedia del respeto a la igualdad, en virtud de la cual es legítimo aquel trato diferente que está ligado de manera sustantiva con la obtención de una finalidad constitucionalmente importante." Aclararon su voto a esta decisión los Magistrados Alfredo Beltrán Sierra y José Gregorio Hernández Galindo.

42 Encuesta Nacional de Demografía y Salud, Salud Sexual y Reproductiva en Colombia de Profamilia Bogotá, octubre de 2000. p.13.

Fecha y hora de creación: 2026-02-02 00:09:53