



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5ª de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XXXI - N° 193

Bogotá, D. C., lunes, 22 de marzo de 2022

EDICIÓN DE 16 PÁGINAS

DIRECTORES:

GREGORIO ELJACH PACHECO
SECRETARIO GENERAL DEL SENADO
www.secretariasenado.gov.co

JORGE HUMBERTO MANTILLA SERRANO
SECRETARIO GENERAL DE LA CÁMARA
www.camara.gov.co

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

SENADO DE LA REPÚBLICA

PONENCIAS

INFORME DE PONENCIA PARA PRIMER DEBATE DEL PROYECTO DE LEY NÚMERO 300 DE 2022 SENADO – 105 DE 2021 CÁMARA

por medio de la cual se garantiza la entrega gratuita, oportuna y suficiente de artículos de higiene y salud menstrual a las personas menstruantes privadas de la libertad y se dictan otras disposiciones.

INFORME DE PONENCIA PARA PRIMER DEBATE DEL PROYECTO DE LEY No. 300 DE 2022 SENADO – 105 DE 2021 CÁMARA

"POR MEDIO DE LA CUAL SE GARANTIZA LA ENTREGA GRATUITA, OPORTUNA Y SUFICIENTE DE ARTÍCULOS DE HIGIENE Y SALUD MENSTRUAL A LAS PERSONAS MENSTRUANTES PRIVADAS DE LA LIBERTAD Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES."

Bogotá D.C. marzo 22 de 2022

Presidente
Comisión Primera Constitucional Permanente
GERMÁN VARÓN CONTRINO
Senado de la República
Ciudad.

Referencia: Informe de ponencia para primer debate del Proyecto de Ley No. 300 de 2022 Senado – 105 de 2021 Cámara "Por medio de la cual se garantiza la entrega gratuita, oportuna y suficiente de artículos de higiene y salud menstrual a las personas menstruantes privadas de la libertad y se dictan otras disposiciones".

Respetado señor Presidente:

En cumplimiento del encargo hecho por la Honorable Mesa Directiva de la Comisión Primera del Senado de la República y de conformidad con lo establecido en el Artículo 156 de la Ley 5ª de 1992, procedo a rendir informe de ponencia para primer debate del proyecto de Ley No. 300 de 2022 Senado – 105 de 2021 Cámara "Por medio de la cual se garantiza la entrega gratuita, oportuna y suficiente de artículos de higiene y salud menstrual a las personas menstruantes privadas de la libertad y se dictan otras disposiciones."

I. TRÁMITE DE LA INICIATIVA.

El proyecto de Ley No. 300 de 2022 Senado – 105 de 2021 Cámara "Por medio de la cual se garantiza la entrega gratuita, oportuna y suficiente de artículos de higiene y salud menstrual a las personas menstruantes privadas de la libertad y se dictan otras disposiciones." fue presentado por los Honorables Representantes Adriana Magali Matiz Vargas, Karen Violette Cure Corcione, Juan Carlos Wills Ospina, Juanita María Goebertus Estrada, Ciro Antonio Rodríguez Pinzón, Andres David Calle Aguas, Jhon Arley Murillo Benítez, Karina Estefanía Rojano Palacio,

Wadih Alberto Manzur Imbett, Buenaventura León, Alfredo Ape Cuello Baute, Cesar Augusto Lorduy Maldonado, Elizabeth Jay-pang Díaz, Yamil Hernando Arana Padauí.

El proyecto fue remitido a Comisión Primera de la Cámara de Representante, bajo el radicado PL 105 de 2021 Cámara, el cual fue designado a la Representante Adriana Magaly Matiz como única ponente. El proyecto de ley de referencia fue discutido y aprobado en primer debate el 14 de septiembre de 2021, para luego ser remitido a plenaria para su discusión, siendo aprobado el 14 de diciembre de 2021.

El proyecto de Ley fue remitido a Senado para la continuación de su discusión dándole el radicado de 300 de 2022 Senado.

El 16 de marzo, la Mesa Directiva de la Comisión Primera del Senado de la República me designó como única ponente.

II. OBJETO

Garantizar la entrega gratuita, oportuna y suficiente de artículos de higiene menstrual a las mujeres y personas menstruantes privadas de la libertad, con el fin de lograr la materialización de los derechos a la dignidad humana, la salud y bienestar, la no discriminación y la igualdad de género.

III. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.

Es de mencionar que la exposición de motivos se divide en los siguientes puntos:

1. Justificación.
2. Marco constitucional, legal y jurisprudencial colombiano.
3. Normatividad internacional.
4. Derecho comparado.

1. JUSTIFICACIÓN.

Colombia se encuentra constituida dentro de un régimen de Estado Social de Derecho, por lo tanto, debe propender por garantizar a sus asociados la protección de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta Política, así como en los tratados internacionales suscritos y ratificados, asegurando su plena aplicación. De este modo, a las autoridades del Estado colombiano les corresponde adoptar todas las medidas necesarias para asegurar sin discriminación alguna, el pleno

ejercicio de esos derechos, especialmente el de la dignidad humana, el cual se erige según la Corte Constitucional! "como un derecho fundamental, de eficacia directa, cuyo reconocimiento general compromete el fundamento político del Estado" al ser equivalente "(i) al merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser tal; y (ii) a la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana".

Es importante precisar, que la protección del derecho a la dignidad humana debe ser garantizado en igualdad de condiciones a todo el conglomerado social, incluyendo a aquellas personas que se encuentran privadas de la libertad, pues así lo dispone la Ley 65 de 1993², actual Código Penitenciario y Carcelario:

"Artículo 5. RESPETO A LA DIGNIDAD HUMANA. "En los establecimientos de **reclusión prevalecerá el respeto a la dignidad humana**, a las garantías constitucionales y a los Derechos Humanos universalmente reconocidos. Se prohíbe toda forma de violencia síquica, física o moral.

Las restricciones impuestas a las personas privadas de la libertad estarán limitadas a un estricto criterio de necesidad y deben ser proporcionales a los objetivos legítimos para los que se han impuesto.

La carencia de recursos no podrá justificar que las condiciones de reclusión vulneren los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad." (Negrilla y subrayado fuera del texto)

Ahora bien, la legislación interna y los estándares internacionales vinculantes para Colombia, contienen disposiciones que obligan a las autoridades penitenciarias, a garantizar unas condiciones mínimas que le permitan a todo aquel que esta privado de la libertad, llevar una subsistencia digna en el lugar en el que se encuentra recluso, no obstante, ello ha sido de difícil acatamiento, por la situación crítica de las prisiones, tan es así que la Corte Constitucional en tres oportunidades³ ha procedido a declarar el estado de cosas inconstitucional⁴, debido a las indignas

¹ Sentencia T-291/16: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-291-16.htm>

² http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0065_1993.html

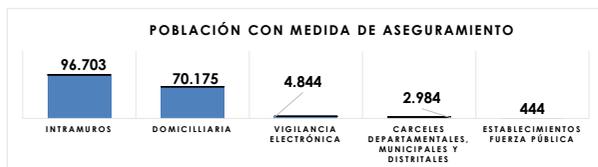
³ <http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/documento/cosas%20institucional.pdf>

⁴ La figura del Estado de Cosas Inconstitucional, es aquella mediante la cual esta Corte, como otros Tribunales en el mundo, ha constatado que en algunas situaciones particulares el texto constitucional carece de efectividad en el plano de la realidad, tornándose meramente formal. Se ha decretado al verificar el desconocimiento de la Constitución en algunas prácticas cotidianas en las que interviene la Administración, y en las que las autoridades públicas, aún al actuar en el marco de sus competencias legales, tejen su actividad al margen de los derechos humanos y de sus obligaciones constitucionales, en relación con su respeto y garantía. Sentencia T-762/15.

fundante de un estado social de derecho, precisando además:⁵ "**Las cárceles y penitenciarias están en un estado de cosas, que se han convertido en verdaderos o depósitos de seres humanos, antes que instituciones respetuosas de la dignidad, de los derechos fundamentales de las personas y orientadas a resocializarlas. Esta grave afectación a la libertad, constituye una grave amenaza para la igualdad y para el principio de la dignidad humana**" (Negrilla y subrayado fuera del texto), pronunciamiento que fue reiterado posteriormente, mediante la sentencia T-762 de 2015, en la que se impartieron ordenes complementarias a las establecidas en el año 2013, al no estar basada la política criminal en estudios empíricos, lo cual propiciaba una descoordinación.

Ahora bien, sin lugar a dudas los pronunciamientos enunciados, son importantes referentes jurisprudenciales que han mostrado un diagnóstico de la problemática carcelaria y penitenciaria del país y además constituyen una prueba fehaciente que el compromiso adquirido constitucionalmente por el Estado colombiano, con la dignidad humana de toda persona, en especial de aquellas privadas de la libertad, no ha logrado ser materializado a plenitud.

Por lo enunciado, se debe precisar que son más de ciento setenta y dos mil personas privadas de la libertad (175.722 con corte febrero/2022)⁶, que tiene que padecer a diario las falencias del sistema carcelario y penitenciario colombiano, y más puntualmente las 96.386 que se encuentran privadas de la libertad intramuros, en los 133 establecimientos de reclusión a nivel nacional:



⁶ <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-388-13.htm>

⁷ Informe estadístico población privada de la libertad - INPEC, febrero de 2021: p.12.

⁸ Ibidem.

condiciones de reclusión en las que habitan decenas de personas privadas de la libertad en las cárceles y establecimientos penitenciarios del país, en virtud de medidas de aseguramiento o condenas.

La primera declaratoria se produjo con la Sentencia T-153 de 1998⁵ en la cual la Corte precisó:

Las cárceles colombianas se caracterizan por el hacinamiento, las graves deficiencias en materia de servicios públicos y asistenciales, el imperio de la violencia, la extorsión y la corrupción, y la carencia de oportunidades y medios para la resocialización de los reclusos. Esta situación se ajusta plenamente a la definición del estado de cosas inconstitucional. **Y de allí se deduce una flagrante violación de un abanico de derechos fundamentales de los internos en los centros penitenciarios colombianos, tales como la dignidad, la vida e integridad personal, los derechos a la familia, a la salud, al trabajo y a la presunción de inocencia**, etc. Durante muchos años, la sociedad y el Estado se han cruzado de brazos frente a esta situación, observando con indiferencia la tragedia diaria de las cárceles, a pesar de que ella representaba día a día la transgresión de la Constitución y de las leyes. **Las circunstancias en las que transcurre la vida en las cárceles exigen una pronta solución. En realidad, el problema carcelario representa no sólo un delicado asunto de orden público, como se percibe actualmente, sino una situación de extrema gravedad social que no puede dejarse desatendida.** Pero el remedio de los males que azotan al sistema penitenciario no está únicamente en las manos del INPEC o del Ministerio de Justicia. Por eso, la Corte tiene que pasar a requerir a distintas ramas y órganos del Poder Público para que tomen las medidas adecuadas en dirección a la solución de este problema. (Negrilla y subrayado fuera del texto)

Lo anterior permite evidenciar el inadecuado funcionamiento del Sistema Penitenciario y Carcelario en Colombia, el cual se considera una problemática de antaño que logró ser corregida con la declaratoria enunciada, al punto que la Corte Constitucional reconoció que los esfuerzos en la creación de una infraestructura penitenciaria que ampliara la cobertura, fueron en su mayoría exitosos. Sin embargo, 15 años después la evidencia fáctica, conllevó a que el Tribunal Constitucional mediante la sentencia T-388 de 2013, tuviera que volverse a pronunciar expresando que nuevamente, el sistema penitenciario y carcelario colombiano se encontraba en un estado de cosas contrario al orden constitucional vigente, que conllevaba al desconocimiento de la dignidad humana, principio

⁵ <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-153-98.htm>

Esas más de 96 mil PPL, se han visto enfrentadas a graves problemáticas como el hacinamiento que para el mes de Febrero superó el 19,9% al reportarse una sobrepoblación de 16.056 reclusos⁹, pero además de ello también existen falencias como la escasez de elementos de aseo, la precariedad de los sistemas de agua y la imposibilidad del sistema de salud extramural para atender a todos los reclusos, situaciones que empeoraron con la emergencia generada por el coronavirus.

Ahora bien, es importante señalar que uno de los sujetos mayormente afectados por la problemática carcelaria son las mujeres, quienes deben enfrentar un panorama desalentador en los centros de reclusión, tal y como lo fue advertido por el Tribunal Constitucional en la segunda declaratoria de estado de cosas inconstitucional¹⁰:

Como lo muestran las estadísticas aportadas por los diferentes actores dentro del proceso la población carcelaria es fundamentalmente masculina. Son hombres las personas que mayoritariamente son privadas de la libertad, por cometer grandes ofensas legales, a pesar de que la mayoría de la población de toda la sociedad es femenina. **Esta baja participación de las mujeres en la población reclusa en prisión, repercute de forma grave en aquellas que son privadas de la libertad pues, como se indicó, se convierte en un grupo cuyas necesidades se toman invisibles para los diseñadores de políticas públicas.** Primero, **no existe infraestructura especial destinada a recluir a las mujeres.** Como la mayoría de necesidades en materia de nuevos cupos se refiere a población masculina, **las necesidades de la población femenina pasan a un segundo plano.** Los planes de construcción, por la demanda misma del sistema, se concentran en elaborar espacios penitenciarios y carcelarios destinados a la reclusión de hombres, no de mujeres. Segundo, **el hacinamiento tiene un impacto mayor en ellas que en ellos.** Como la forma para solucionar la ausencia de cupos suficientes es recluir a las personas más allá de la capacidad instalada, **el hacinamiento implica muchas veces para las mujeres, además de tener que compartir el espacio vital con una gran cantidad de personas, compartirlo con hombres, lo cual puede representar riesgos adicionales a su integridad.** Tercero, las actividades y oficios con que se cuentan, suelen ser pensados para hombres. Muchas de las actividades laborales orientadas a la resocialización no tienen en cuenta muchos de los oficios y labores que también suelen desarrollar las mujeres. No es un problema únicamente colombiano, también es regional. (Negrilla y subrayado fuera del texto)

⁹ Informe estadístico población privada de la libertad - INPEC, febrero de 2022: p.19.

¹⁰ <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-388-13.htm>

Si bien la situación precisada, fue esbozada por la Corte Constitucional hace 8 años, la ausencia de un enfoque diferencial de género persiste a la fecha, pese a ser hoy uno de los principios¹¹ del Sistema Penitenciario y Carcelario, ello bajo la justificación de que históricamente la criminalidad femenina ha sido inferior al porcentaje de delitos cometidos por hombres, no obstante, los índices de mujeres privadas de la libertad en centros penitenciarios, han tenido un incremento significativo, al pasar de **1.500 mujeres en 1991**¹² a **11.546 en febrero de 2022**¹³, lo que representa un incremento del **769.73%** datos que fueron reafirmados con los reportes allegados por el INPEC para los últimos 7 años:



Adicionalmente, es preocupante evidenciar como el llamado de la Corte no ha producido los efectos que se esperaba, ello ante la inexistencia de infraestructura especial¹⁵ a la que se ven enfrentadas las 8.708 mujeres que se encuentran recluidas en establecimientos penitenciarios masculinos, los cuales han tenido que ser adecuados a través de pabellones para la población femenina (24 centros de reclusión a feb/2022)¹⁶, como quiera que Colombia tan solo cuenta con 6 centros de reclusión exclusivos para mujeres (que albergan a 2.838 mujeres privadas de la libertad, es decir, que tan solo el 24,5% del total están recluidas en cárceles diseñadas para mujeres, datos que permite señalar que "las mujeres privadas de la

¹¹ LEY 1709 DE 2014, Artículo 2o. Adicionase un artículo a la Ley 65 de 1993, el cual quedará así: Artículo 3A. **Enfoque diferencial.** El principio de enfoque diferencial reconoce que hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, religión, identidad de género, orientación sexual, raza, etnia, situación de discapacidad y cualquiera otra. Por tal razón, las medidas penitenciarias contenidas en la presente ley, contarán con dicho enfoque. El Gobierno Nacional establecerá especiales condiciones de reclusión para los procesados y condenados que hayan sido postulados por este para ser beneficiarios de la pena alternativa establecida por la Ley 975 de 2005 o que se hayan desmovilizado como consecuencia de un proceso de paz con el Gobierno Nacional.

¹² <https://www.icrc.org/es/document/informe-carceles-y-mujeres-en-colombia>

¹³ Informe estadístico población privada de la libertad – INPEC, Febrero de 2021: p.35.

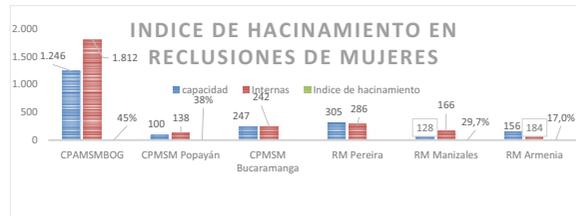
¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Respuesta DP INPEC del 4/febrero/2021

¹⁶ Informe estadístico población privada de la libertad – INPEC, Febrero de 2021: p.33-35.

libertad siguen siendo minorías que deben soportar un tratamiento penitenciario desigual en razón de su género (...)"¹⁷.

Ahora bien, el que no existan cárceles suficientes para mujeres tiene como consecuencia un mayor hacinamiento en las que ya existen, e incluso en aquellos establecimientos mixtos que cuentan con pabellones para mujeres y así lo reportan las cifras del INPEC:



De lo anterior se puede evidenciar, una grave sobrepoblación en algunos de los centros de reclusión de mujeres que supera el 45%, no obstante, esta situación se agrava aun más en los establecimientos de reclusión para hombres, adecuados con pabellones para mujeres, donde por ejemplo¹⁹ el EPMSC Santa Marta reporta un índice de hacinamiento del 162%, el EPMSC Valledupar del 149.2% y EPMSC Ocaña del 82,3%, convirtiéndose este hecho en una violación a la dignidad y a los derechos humanos de estas mujeres.

Así las cosas, la ausencia de infraestructura exclusiva para mujeres en Colombia y el hacinamiento, son solo algunos de los aspectos que afectan a las internas durante su reclusión, y que demuestran la necesidad de implementar un enfoque de género en la política carcelaria del país, no obstante, hay una problemática que ha sido invisibilizada, la cual es la **insuficiente dotación de los elementos para**

¹⁷ <https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/342877/208043?>

¹⁸ Informe estadístico población privada de la libertad – INPEC, febrero de 2022: p.22.

¹⁹ Ibidem

la higiene propia del género, bienes que la Corte Constitucional en la Sentencia T. 398/2019, consideró como insustituibles y de cuyo acceso depende el ejercicio del derecho a la dignidad, la igualdad, la salud y el libre desarrollo de la personalidad de las mujeres, entre otros, ello por cuanto²⁰:

"Las toallas higiénicas o sanitarias y los tampones desechables son productos que tienen como objetivo satisfacer las necesidades de las mujeres en edad fértil para el manejo de la menstruación. Entre las ventajas de este tipo de bienes es que controlan riesgos de salud, por oposición a alternativas como el uso de elementos caseros que, al no tener una tecnología de absorción y niveles de higiene adecuados, pueden generar riesgos de infecciones. Igualmente, permiten controlar olores que surgen del sangrado vaginal y manchas en la ropa que tienen consecuencias de estigma y presentación personal, atados a los tabúes alrededor de este fenómeno biológico. (...) (Negrilla y subrayado fuera del texto)

Ahora bien, es tan importante el acceso a este material de higiene, que el Tribunal Constitucional en la Sentencia T 398 de 2019²¹ reconoció el manejo de la higiene menstrual como un derecho derivado de la salud sexual y reproductiva, definiéndolo como la posibilidad que tiene toda mujer a usar adecuadamente el material para absorber o recoger la sangre menstrual, precisando de igual forma que la titularidad de este derecho debe revisarse desde las situaciones especiales en las cuales viven las mujeres, conforme al artículo 13 inciso 3 de la Constitución Política de Colombia, es decir, aquellas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta por su condición económica, física o mental, escenario en el que por supuesto se hallan las mujeres privadas de la libertad.

Adicionalmente, dispuso que el manejo de la higiene menstrual comprende cuatro elementos, a saber: **a) el empleo de material idóneo para absorber la sangre; b) la capacidad para hacer el cambio de dicho material en privacidad y tan seguido como sea necesario; c) el acceso a instalaciones, agua y jabón para lavar el cuerpo, así como para desechar el material usado y; d) la educación que permitan comprender los aspectos básicos relacionados con el ciclo menstrual y cómo manejarlos de forma digna y sin incomodidad alguna.** (...)" (Negrilla y subrayado por fuera del texto).

²⁰ Sentencia C-117/18: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-117-18.htm>

²¹ https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-398-19.htm#_ftref184

En consideración a lo anterior, es significativo precisar que la Corte dispuso que las mujeres tienen derecho a elegir libremente el insumo que ellas consideren adecuado, de acuerdo a criterios tales como convicciones personales y la identidad étnica y cultural, y adicional a ello aclaró, que una vez elegido dicho insumo, **surge el derecho a acceder a ellos sin que medie barrera alguna**, con lo cual se materializa el derecho a la dignidad de las mujeres, ante hechos biológicos de su condición. Pero no solo la elección y su acceso son suficientes, también es necesario permitirles realizar el cambio del material absorbente por otro nuevo, las veces que sea necesario, como quiera que, en caso de no hacerse, la mujer en período de menstruación se podría exponer a afectaciones en su salud, de ahí la importancia de garantizarles a las mujeres privadas de la libertad una suficiente y oportuna dotación de los elementos de higiene menstrual.

Es de precisar que el manejo de la higiene menstrual es un derecho que si bien fue desarrollado de manera amplia en 2019, el Tribunal Constitucional en consideración a la situación especial de indefensión y debilidad de las mujeres recluidas lo ha venido salvaguardando, al incluir como uno de los mínimos constitucionalmente asegurables en materia de infraestructura y servicios públicos, **la atención de las necesidades básicas radicales que, por su condición de mujeres, están expuestas a sufrir**, en palabras de la Corte Constitucional²²:

Los mínimos constitucionalmente asegurables en materia de infraestructura y servicios públicos en el ámbito penitenciario y carcelario, cuando se trata de los derechos fundamentales de las mujeres, son cualificados. Implican, cuando menos: i) el aseguramiento de condiciones sanitarias adecuadas para que puedan mantener su higiene y su salud, permitiéndoles acceso regular a baterías sanitarias y posibilitar su aseo personal y limpieza de ropa regularmente; ii) a recintos destinados al alojamiento con las instalaciones y artículos necesarios para satisfacer las necesidades de higiene propias de su género, incluidas toallas sanitarias gratuitas y el suministro permanente de agua para el cuidado personal de niños y mujeres, en particular las que cocinen, las embarazadas y las que se encuentren en período de lactancia o menstruación; y, por último, iii) condiciones apropiadas para las detenidas que se encuentren en estado de embarazadas, o acompañadas por sus hijos, que aseguren su subsistencia en condiciones dignas. Naturalmente, los mínimos aquí descritos en materia de infraestructura, están relacionados con la satisfacción de los derechos sociales fundamentales de las mujeres

²² https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-267-18.htm#_text=1267

²³ https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-267-18.htm#_text=1267

privadas de la libertad en centros de reclusión. **Elo supone que, pese al desarrollo de estos parámetros, las autoridades estatales, a nivel legislativo, administrativo y presupuestal, siguen contando -más en esta específica materia, compleja desde el punto de vista técnico y financiero-, con un margen amplio de configuración en la definición del contenido específico de tales derechos.** Los remedios judiciales necesarios para que las medidas diseñadas para esta protección se implementen efectivamente, o para que, con la debida concertación institucional, las aún inexistentes se formulen, conservando el equilibrio entre el amparo que demanda la dignidad humana de las reclusas y los principios de legalidad, separación de poderes y sostenibilidad fiscal, están en manos del juez de tutela en cada caso concreto. (Negrilla y subrayado fuera del texto)

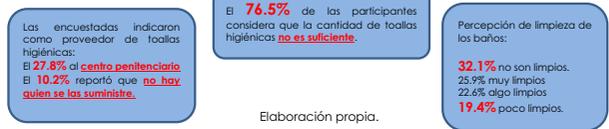
Lo enunciado permite colegir que el Estado tiene el deber de desplegar todas las acciones posibles, para que la mujer, en especial aquellas privadas de su libertad, cuenten con las condiciones necesarias para poder practicar adecuadamente su higiene menstrual, no obstante, esta responsabilidad no se cumple a cabalidad en Colombia, ello por cuanto si bien, el artículo 69 de la Ley 65 de 1993, establece que el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC- tendrá a su cargo el suministro de artículos de primera necesidad y uso personal para los detenidos y condenados, al revisar el memorando N.º 0251 del 10 de marzo de 2004, que materializa este artículo, describe que el kit de aseo personal que compone el mínimo vital para la población privada de la libertad esta compuesto por: "papel higiénico (2 rollos), máquina de afeitar (1), crema dental (1), jabón de tocador (1), desodorante (2), cepillo dental (1) y **toallas higiénicas** (2 paquetes), elementos que le son suministrados a su ingreso y una vez cada cuatro meses en abril, agosto y diciembre",²³ datos que permiten evidenciar que la periodicidad y cantidad de los elementos de aseo, no admiten que estas mujeres puedan tener una vida digna intramural.

En relación a las toallas higiénicas, único elemento suministrado a las mujeres privadas de la libertad, para hacer efectivo su derecho al manejo de la higiene menstrual, se debe precisar que el Memorando enunciado determina que las mujeres reclusas deben recibir un paquete de toallas higiénicas²⁴ cada 4 meses, no obstante, en cumplimiento de diferentes sentencias, especialmente la T-762 de

2015²⁵, en la que se ordenó la entrega de elementos de dotación, para las personas privadas de la libertad en una mayor cantidad y adicionalmente en armonía con la Resolución 6349 de 2016²⁶ que actualizó el Reglamento General de los Establecimientos de Reclusión del orden Nacional incluyendo dentro de sus principios el enfoque diferencial (artículo 5), le son suministrados dos paquetes (cada uno de 8 unidades)²⁷, cifra que sigue siendo baja y que da muestra de la precariedad en materia de elementos de higiene que deben soportar las mujeres.

Ello por cuanto la dotación suministrada tiene una duración de uso aproximada de sesenta días (1 paquete por mes), por lo cual, deben esperar dos meses para volver a recibir los insumos de higiene menstrual, conllevando la reglamentación referenciada (Memorando Interno) a que una mujer deba desarrollar su vida durante 60 días, sin toallas higiénicas, olvidando el Estado colombiano que la falta de acceso a elementos para la higiene femenina durante el periodo menstrual, obstaculiza la garantía de los derechos a la vida digna, salud y saneamiento.

La anterior problemática ha sido reafirmada en un estudio realizado en el año 2018 por la Pontificia Universidad Javeriana con el apoyo del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) y el Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE) denominado "Mujeres y prisión en Colombia. Desafíos para la política criminal desde un enfoque de género"²⁸, en el cual se analizaron las necesidades de las mujeres privadas de la libertad, mediante entrevistas a 536 reclusas, arrojando como resultado que:



Los datos referenciados permiten demostrar que es el kit de higiene menstrual suministrado, es insuficiente para el periodo de tiempo correspondiente (4 meses).

²³ <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/H-762-15.htm>
²⁴ https://www.inpec.gov.co/estadisticas/-/document_library/TWBUJQCWH6KV/View_File/45662
²⁵ Respuesta DP INPEC del 4/febrero/2021
²⁶ <https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/41010>

²³ Respuesta DP INPEC del 4/febrero/2021
²⁴ <http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/Primer-Informe-Grupo-Lider-de-Seguimiento-Sentencia-T-762-de-2015-30ave.pdf-compressed-1-100.pdf?year=2014&12-09-172038-980>

omisión que deben soportar hoy en Colombia más de 11 mil mujeres, de las cuales el 29.4% ostentan la condición de sindicadas, es decir, ni siquiera tienen su situación jurídica definida, y si bien se podría afirmar que ellas cuentan con otras fuentes de acceso a estos productos, como lo son las encomiendas remitidas por familiares o donaciones, es el Estado quien debe desplegar todas las acciones para garantizar los mandatos establecidos en el artículo 13 inciso 2 en concordancia con el artículo 43 de la Constitución Política, como quiera que resulta contrario a toda lógica, que adicional a la carga de haber perdido su libertad se le imponga la carga económica a ellas o a sus familias de adquirir los productos de higiene menstrual, cuando el estatus socioeconómico de la gran mayoría es bajo y así lo confirma la Pontificia Universidad Javeriana²⁹:

La mayoría de las mujeres privadas de la libertad en Colombia cumplen con el siguiente perfil: se encuentran en edad productiva y reproductiva, se identifican como heterosexuales, son solteras y pertenecen a estratos socioeconómicos bajos. Antes de su detención, los ingresos mensuales del hogar de un alto porcentaje de estas mujeres eran inferiores a dos salarios mínimos mensuales legales vigentes (s.m.m.l.v.). La mayoría de estas mujeres eran cabeza de familia (...) es decir, tenía la responsabilidad económica exclusiva del hogar. Debido a su bajo nivel de escolaridad, estas mujeres se encuentran en condición de acceder a trabajos precarios. (Negrilla y subrayado fuera del texto)

Adicionalmente es importante señalar que "en promedio un paquete de toallas higiénicas contiene 10 unidades y su costo es de alrededor de 3.700 pesos colombianos, esto significa que en un año una mujer gasta aproximadamente 44.400 pesos en este producto"³⁰, dato que permite colegir que una mujer privada de la libertad en Colombia, al quedar 6 meses al año sin provisión de productos de higiene menstrual, tendrá que asumir la carga económica en promedio de \$22.200 de pesos, no obstante, se debe precisar que el número de toallas higiénicas que una mujer utiliza en su ciclo menstrual depende de si existe un sangrado abundante o por el contrario, el sangrado es menos intenso, de ello dependerá la carga económica que deba asumir, y así lo ha precisado la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia (FIGO)³¹:

Sangrado menstrual abundante	<ul style="list-style-type: none"> • Sangrado mayor de 80 ml. • Duración de siete días o más: el cambio de toallas higiénicas o tampones es de cada dos horas o menos. 	Costo económico de un sangrado menstrual abundante ³² : El cambio de la compresa conllevaría a alrededor de 10 - 12 toallas higiénicas por día, es decir, un costo promedio de 3.700 pesos colombianos diarios, lo cual implica un costo promedio de 25.900-37.000 pesos colombianos por ciclo menstrual.
Sangrado menstrual menos intenso	<ul style="list-style-type: none"> • Sangrado dentro los términos normales, entre 5 a 80 ml. • Duración entre 5 a 7 días: cambio de compresa cada 4 a 6 horas. 	Costo económico de un sangrado menstrual menos intenso ³³ : Indica que en promedio se utilizarían alrededor de 4-6 toallas higiénicas por día, es decir, un costo promedio entre 1.480-2.220 pesos colombianos diarios. En este sentido, el costo promedio sería de 7.400-15.540 pesos colombianos por ciclo.

Elaboración propia

Además de lo anterior, se debe recordar que el acceso a los productos de higiene menstrual "es especialmente importante después del parto, cuando las mujeres sangran los días siguientes al mismo, lo cual se conoce como los "loquios del postparto" y puede durar entre cuatro y seis semanas"³⁴, es decir, que actualmente 39 mujeres gestantes y 13 mujeres lactantes privadas de la libertad intramuros a nivel nacional³⁵, tendrán que afrontar un sangrado abundante después del parto, teniendo que efectuar el cambio de las toallas higiénicas en promedio cada dos horas o menos, de acuerdo a las recomendaciones de la FIGO, con el fin de evitar afectaciones en su salud, sin embargo, esta es una garantía que la normatividad carcelaria y penitenciaria a obviado, pues en ella no se conciben situaciones excepcionales, como es el caso de las mujeres gestantes o lactantes, teniendo por

²⁹ <https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/41010>
³⁰ <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/28167/2020karenbarbosa5.pdf?sequence=18&isAllowed=y>
³¹ <https://doi.org/10.1055/s-0031-1287662>

³² Análisis propio.
³³ Ibidem.
³⁴ <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-117-18.htm>
³⁵ Informe estadístico población privada de la libertad - INPEC, Febrero de 2021: p.36.

lo tanto que ser ellas quienes asuman el costo económico de las compresas que requieran.

Por otro lado, a la fecha se encuentran privadas de su libertad en centros de reclusión del país 196 mujeres extranjeras³⁶, quienes por su condición pueden no tener familiares que les remitan encomiendas o los recursos para adquirirlas, conllevando a que los meses en que no reciben las toallas higiénicas, queden a la voluntad de organizaciones de caridad, y ello en caso de existir donaciones.

Según el INPEC en la actualidad se encuentran recluidas en centros penitenciarios 2.032 personas pertenecientes a la comunidad LGBTI³⁷ de las cuales 199 pertenecen a la comunidad transexual y 18 intersexuales.

Así las cosas, el garantizarles a las personas privadas de la libertad su derecho a llevar adecuadamente una higiene menstrual es una tarea esencial del Estado, en virtud de la relación de especial sujeción que se genera entre el y la interna, la cual "le impone al primero la obligación de dotar a las PPL con implementos que le permitan llevar su vida cotidiana en forma digna, asegurar su estado de salud y su integridad física".³⁸ (Negrilla y subrayado fuera del texto).

En consideración a esa obligación del Estado de salvaguardar la salud, resulta necesario indicar que una mala higiene (uso prolongado de las toallas higiénicas, ausencia del lavado de manos al momento de realizar el cambio de las compresas y de limpieza diaria de la zona genital o el no uso de paños húmedos o papel higiénico para mantener limpia la zona íntima), puede causar consecuencias adversas para la salud, como lo son el aumento de infecciones urogenitales o infecciones vaginales bacterianas, entre las que se destacan:

- **Riesgo al síndrome de choque tóxico:** El síndrome de shock tóxico (SST) es una "enfermedad sistémica aguda, poco frecuente, pero con altos índices de mortalidad y morbilidad"³⁹ causada por exotoxinas de estafilococos o estreptococos.

³⁶ Informe estadístico población privada de la libertad – INPEC, Febrero de 2021: p.39.

³⁷ Informe estadístico población privada de la libertad – INPEC, febrero de 2021: p.38.

³⁸ <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-345-18.htm>

³⁹ <https://www.medicographic.com/pdfs/medicri/ii-2013/ii133h.pdf>

colonizantes del tracto gastrointestinal o la piel" y es posible que se transmitan por el contacto directo con algún producto o alimento. Además, existen distintas causas fisiológicas y ambientales que facilitan la permanencia de este hongo en la zona genital ocasionando el enrojecimiento y/o ardor en la piel de la vulva.

Según un estudio realizado por estudiantes de la Universidad de Córdoba, sobre los factores de riesgos relacionados a vaginosis bacteriana, aplicado a una muestra de 60 mujeres entre los 18 y 24 años pertenecientes a una institución de educación superior de Montería, encontraron los siguientes resultados con respecto a la menstruación⁴⁵:

1. "La vaginosis bacteriana predomina en aquellas jóvenes que nunca o pocas veces se lavan las manos al cambio de toalla (28%) y en las que nunca o pocas veces se cambian la toalla higiénica cada 4 horas (45%)".
2. Al igual que las otras patologías, como la candidiasis en la que predomina en un (20%) en ambos factores (lavado de manos y cambio de compresa) y en la infección mixta en un (3%), el lavarse las manos puede hacer la diferencia en un (5%) para evitar la aparición de la vaginosis y de otras patologías como la candidiasis, y el realizar un cambio de toalla higiénica cada 4 horas disminuye el riesgo de adquirir vaginosis bacteriana.
3. "Las jóvenes que siempre o con frecuencia realizan el cambio de toalla higiénica solo dos veces al día (51%), presentan una distribución de morbilidad de (27%) para vaginosis bacteriana, (12%) de candidiasis, (2%) de infección mixta y resultados negativos de (10%)". A su vez, aquellas que nunca o pocas veces lo hacen (48%) presentan una distribución de morbilidad en un (25%) para vaginosis bacteriana, (12%) candidiasis y (3%) infección mixta.
4. "Se encontró que la ocurrencia de flujo vaginal recurrente era mayor en aquellas adolescentes que se quedaban más tiempo con la toalla higiénica que en aquellas que la cambiaban con mayor frecuencia".

- **Enfermedad inflamatoria pélvica:** Es definida como "el conjunto de alteraciones inflamatorias de tracto genital femenino que incluyen: endometritis, salpingitis,

⁴⁵ <https://repositorio.unicordoba.edu.co/bitstream/handle/ucordoba/832/FACTORES%20DE%20RIESGO%20RELACIONADOS%20A%20VAGINOSIS%20BACTERIANA%20EN%20MUJERES%20ENTRE%2018%20Y%2024%20A%C3%91OS%20EN%20UNA%20INST.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Shock tóxico por estafilococos: Las mujeres con colonización vaginal previa por estafilococos y que dejan tampones u otros dispositivos en la vagina, tienen un mayor riesgo de sufrir SST estafilocócico. Aproximadamente un 15% de los casos se produce después del parto o como complicación de infecciones estafilocócicas de heridas quirúrgicas.⁴⁰ Por lo anterior, los médicos recomiendan que tanto en un ciclo menstrual como en una hemorragia posparto es importante prevenir esta infección, alternando el uso de tampones y toallas higiénicas, cambiándolos en periodos de 4 a 8 horas dependiendo la intensidad del flujo vaginal.

- **Vulvovaginitis:** "La vulvovaginitis es la inflamación de la vulva, la vagina o ambas estructuras a la vez. Alrededor del 90% están causadas por candida, tricomonas o son vaginosis bacterianas"⁴¹. Las causas de la vulvovaginitis pueden ser hormonales, infecciones de transmisión sexual o prácticas de higiene deficientes. A su vez, las consecuencias de esta enfermedad son las secreciones vaginales blanquecinas y densas, picazón y ardor en la zona genital y en ocasiones mal olor.

Los principales tipos de vulvovaginitis son:

- ~ **La vaginosis bacteriana:** La vaginosis bacteriana⁴² es definida como una afección polimicrobiana producto de la sustitución de los lactobacilos normales en la vagina, generadores de peróxido de hidrógeno, debido a altas concentraciones de bacterias anaerobias. Adicionalmente, esta enfermedad está caracterizada por "un cambio en la flora vaginal"⁴³, que puede derivar en enfermedades con mayores complicaciones como la pérdida del útero, la infertilidad o infección intraamniótica.
- ~ **Candidiasis vaginal:** Se define como la "infección ocasionada por hongos del género Cándida"⁴⁴ y la segunda causa más frecuente de infección en mujeres entre 20 y 45 años, así mismo "la infección se produce por la invasión de cepas

⁴⁰ <https://www.msdmanuals.com/es-co/profesional/enfermedades-infecciosas/cocos-grampositivos/%C3%ADndrome-de-shock-t%C3%83xico-ss>

⁴¹ http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1137-66272009000200004&lng=es&lng=es

⁴² <https://repositorio.unicordoba.edu.co/bitstream/handle/ucordoba/832/FACTORES%20DE%20RIESGO%20RELACIONADOS%20A%20VAGINOSIS%20BACTERIANA%20EN%20MUJERES%20ENTRE%2018%20Y%2024%20A%C3%91OS%20EN%20UNA%20INST.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

⁴³ https://sibib.unmsm.edu.pe/bvrevistas/ginecologia/vol53_n3/pdf/A03V53N3.pdf

⁴⁴ <https://www.elsevier.es/es-revista-oform-4-articulo-candidiasis-vulvovaginal-13132028>

absceso tubo-ovárico y peritonitis pelviana. Estas alteraciones se producen por el ascenso de microorganismos desde el cérvix hacia el interior"⁴⁶. Las causas de esta enfermedad pueden variar, sin embargo, gran parte de las infecciones son causadas por la acumulación de bacterias que viajan de la vagina o cuello uterino hasta el útero y pueden producir fiebre, dolor en la parte baja del abdomen, secreción vaginal con mal olor y hemorragia irregular.

En consideración a estas graves afectaciones en la salud, que se pueden presentar en las mujeres por una mala higiene o aquellas de otra naturaleza como el cáncer de cuello de útero, las cuales pueden propiciar hemorragias o sangrados vaginales anormales, es decir, la necesidad de una mayor cantidad de productos de higiene menstrual, resulta preocupante que los encargados de la salud de las reclusas⁴⁷ desconozcan, cuántas de las mujeres privadas de la libertad presentan alguna patología clínica que exija el suministro en una mayor cantidad de estos productos, omisión que acredita aún más la necesidad de materializar el enfoque de género en los establecimiento de reclusión, por cuanto de nada sirve que se haya normativizado hace siete años (Ley 1709 de 2014), sino se pone en práctica por parte de las autoridades, por lo menos mediante la consolidación de estadísticas claras sobre este género.

Bajo esta línea de ideas, resulta significativo recordar lo manifestado la OMS, a partir del estudio "Patterns and perceptions of menstruation: a World Health Organization international collaborative study in Egypt, India, Indonesia, Jamaica, México, Pakistan, Philippines, Republic of Korea, United Kingdom and Yugoslavia", realizado en 10 países, quien subrayó que⁴⁸:

"(...) la menstruación continúa siendo causa de vergüenza y estigma y exclusión social y que, sumado a la falta de acción por parte de los estados, **pone en riesgo la salud de gran parte de la población dado que la falta de medios e información para manejar y correctamente la menstruación puede resultar en infecciones, daños a la salud mental a largo plazo y embarazos no deseados. También lleva a que se repliquen prácticas menstruales antihigiénicas (como el uso de paños viejos o desgastados o trapos que no son correctamente esterilizados o el no**

⁴⁶ http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1137-66272009000200004&lng=es&lng=es

⁴⁷ Respuesta DP. Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL 2019 del 9/febrero/2021.

⁴⁸ <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-117-18.htm>

recambio de los materiales de gestión menstrual con la regularidad requerida, lo que puede llevar a riesgosas infecciones (como el síndrome de shock tóxico) o causar infecciones del tracto urinario, problemas de salud reproductiva, infertilidad e inclusive la muerte. (Negrilla y subrayado por fuera del texto)

Si bien el estudio enunciado no tuvo como país de análisis a Colombia, sin lugar a dudas las prácticas menstruales antihigiénicas reseñadas, se presentan en las cárceles del país, donde un gran número de mujeres tienen que menstruar en muchas ocasiones su ropa o improvisar toallas higiénicas con "trapos viejos", al no contar con los elementos suficientes durante todo su ciclo menstrual, lo cual propicia una afectación en su autoestima, al no poder interrelacionarse con sus compañeras.

En consideración a todo lo enunciado y bajo el entendido que la menstruación es un proceso biológico que se predica del género femenino y personas menstruantes pertenecientes a la comunidad LGTBI, es hora de que las autoridades emprendan las acciones necesarias que conduzcan a garantizar la higiene menstrual como un asunto de derechos humanos, y más aun si se trata de un sector poblacional vulnerable y débil como lo son las mujeres privadas y algunas pertenecientes a la comunidad LGTBI privadas de la libertad. De ahí la importancia de esta iniciativa con la cual se busca que aproximadamente 11.546 mujeres y personas menstruantes (corte febrero/2022)⁴⁹ en edades en las que se manifiesta la menstruación y que tienen limitado su derecho a la libertad, accedan de manera gratuita y con una periodicidad adecuada (cada mes) a los productos de higiene menstrual, y que además de ello, se les garantice el suministro suficiente, en caso de estar inmersas en situaciones especiales como lo son el periodo de gestación, lactancia o patologías clínicas.

Ahora bien, se hace alusión a más de 11 mil mujeres por cuanto son aquellas que se encuentran en edades entre 18 a 54 años, rango etario en el que se manifiesta el proceso natural denominado menstruación, y ello se indica por cuanto según "la OMS en todo el mundo, la menopausia natural se produce entre los 45 y 55 años y en las sociedades industrializadas el promedio de edad es de unos 51 años."⁵⁰

⁴⁹ Informe estadístico población privada de la libertad – INPEC, febrero de 2022; p. 35.
⁵⁰ <https://revistas.laveriana.edu.co/index.php/revPsycho/article/view/4744>

Para lograr evidenciar el impacto de esta iniciativa que beneficiará al 92% aproximadamente de las mujeres privadas de la libertad (el otro 8% son mayores de 55 años)⁵¹, a continuación, se presenta el número de mujeres por rango:

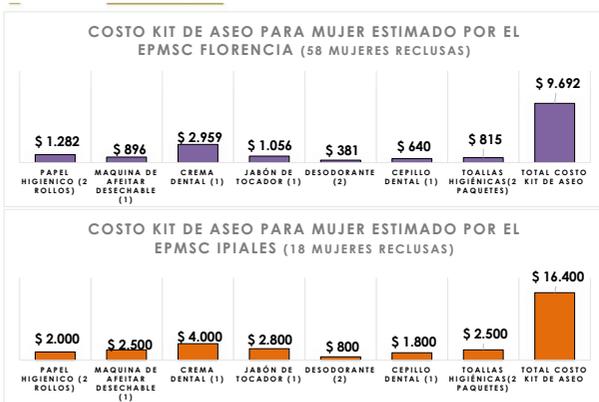


Elaboración propia, fuente: INPEC

De otra parte y en relación al impacto económico de la presente propuesta es importante precisar que, de acuerdo a los valores allegados por el INPEC, el costo estimado de un kit de aseo para mujer (papel higiénico (2 rollos), máquina de afeitar (1), crema dental (1), jabón de tocador (1), desodorante (2), cepillo dental (1) y toallas higiénicas (2 paquetes), en la vigencia 2021 fue de \$18.479⁵², no obstante, ese valor es variable por región y ello se corrobora con los datos allegados por diversos establecimientos de reclusión, los cuales efectivamente plantean costos diferentes respecto del kit de aseo y especialmente del rubro relacionado con los productos de higiene menstrual:



⁵¹ Informe estadístico población privada de la libertad – INPEC, febrero 2022 de 2022; p. 42
⁵² Respuesta DP INPEC del 4/febrero/2021



Fuente: Respuestas DP Establecimientos de Reclusión del 24, 3 y 16 de febrero de 2021

Lo anterior permite colegir que los productos de higiene menstrual representan entre el 10 y 30% del costo de un kit de aseo para una mujer privada de la libertad, así es que si se toma el valor más alto de los casos planteados, que es el reportado por el COJAM Jamundí se puede evidenciar que el costo anual en promedio de las toallas higiénicas para el estado colombiano, respecto a una mujer privada de la libertad hoy, es de \$21.000 (entrega de 3 kit al año), es decir, que si se hace el cálculo con corte febrero/2022 para el total de mujeres privadas de la libertad en edad de menstruar (11.546), el valor anual promediado en que incurre el Estado sería de \$242.466.000 (cubre los 3 kit).

Ahora bien, como actualmente se realiza una entrega de 2 paquetes de toallas higiénicas cada 4 meses, lo cual conlleva a una insuficiencia de los productos de higiene menstrual para 2 meses entre cada cuatrimestre, se requiere cubrir los 6 meses en los que hoy las mujeres no cuentan con provisión, lo cual generaría que el Estado tenga que hacer una inversión adicional anual de aproximadamente \$484.932.000 respecto a lo que invierte hoy, monto que no implicará un impacto

fiscal significativo, pero si social, ello por cuanto permitirá la materialización de derechos humanos universalmente aceptados, como lo son la dignidad humana, la salud y bienestar, la no discriminación y la igualdad de género.

Así las cosas, esta iniciativa sin lugar a dudas va a permitir que las más de 11 mil mujeres y personas menstruantes privadas de su libertad en centros de reclusión, puedan manejar su menstruación con dignidad, al contar con un suministro de productos de higiene gratuitos, pero especialmente suficientes y no solo respecto a su cantidad sino también a su periodicidad (cada mes).

2. MARCO CONSTITUCIONAL, LEGAL Y JURISPRUDENCIAL COLOMBIANO.

a) MARCO CONSTITUCIONAL.

La higiene menstrual y su correlación con los derechos a la dignidad humana, la igualdad y la salud:

DIGNIDAD HUMANA: La Constitución Política en su artículo 1 establece que nuestro Estado Social de Derecho esta fundado en el respeto a la dignidad humana, la cual se instituye como un derecho fundamental, de eficacia directa, cuyo reconocimiento general compromete el fundamento político del Estado⁵³, el cual se ve menoscabado cuando las mujeres privadas de la libertad no pueden manejar su menstruación en condiciones que no afecten su autonomía e integridad física o moral.

El Fondo de Población de las Naciones Unidas ha manifestado que el derecho a la dignidad humana se ve socavado cuando "las mujeres y las niñas no pueden acceder a instalaciones de baño seguras y medios seguros y eficaces de manejo de la higiene menstrual"⁵⁴. Las mujeres privadas de la libertad en algunos centros de reclusión han manifestado que reciben en promedio 25 toallas al año, por lo que tienen que valerse de ropa y cualquier material para poder utilizarlo como método de recolección de la sangre menstrual tales como, "cobijas apretadas a la cintura", sumando a esta situación el hecho de tener acceso limitado al servicio de baños⁵⁵. De otra parte, han indicado "sangrar en los días del periodo es normal. Pero permanecer manchadas y sin acceso a formas de lidiar con el sangrado es indignante y esto ataca la

⁵³ Sentencia T 291 de 2016 <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-291-16.htm>

⁵⁴ <https://www.unfpa.org/es/menstruacion-preguntas-frecuentes>

⁵⁵ <https://www.ourbodiesourselves.org/2019/10/negocio-socio-falta-de-equidad-menstrual-en-las-carceles-colombianas/>

confianza de cualquier niña o mujer, y nos hace percibir la menstruación como **sinónimo de estrés, vergüenza y castigo**⁵⁶. (Negrilla y subrayado fuera del texto).

Por otro lado, es importante mencionar que la Organización Human Rights Watch afirma que para lograr una menstruación en donde no se menoscabe la dignidad de las niñas y mujeres se deben garantizar materiales para el manejo menstrual adecuados, aceptables y asequibles; tales como: el acceso a instalaciones, saneamiento, infraestructura e insumos adecuados que permitan a las mujeres y niñas cambiar y desechar los materiales menstruales, y aunado a ello el conocimiento del proceso de menstruación y de las opciones disponibles para el manejo de la higiene menstrual.

En lo que respecta a la dignidad menstrual, la Corte Constitucional ha señalado que es obligación del Estado tomar medidas que prevengan y sancionen actos denigrantes y del legislador, crear normas que protejan la honra de las mujeres⁵⁷, por lo que es esencial garantizar que las mujeres privadas de la libertad tengan un periodo menstrual con dignidad, sin tabús, ni limitaciones, tratos crueles, degradantes y libre de humillaciones,⁵⁸ a través del acceso a espacios salubres y material suficiente de higiene menstrual para cada una de sus necesidades particulares.

DERECHO A LA IGUALDAD: En el artículo 13 Constitucional se encuentra consagrado el derecho a la igualdad, respecto del cual la Corte Constitucional ha indicado que:

"el inciso primero establece el principio de igualdad y la prohibición de trato discriminado; que en el inciso segundo se dispone el mandato de promoción de la igualdad material, mediante la implementación de medidas de discriminación afirmativa; y que **el inciso tercero establece medidas asistenciales, por medio del mandato de protección a personas puestas en circunstancias de debilidad manifiesta en virtud de la pobreza** o su condición de discapacidad⁵⁹". (Negrilla y subrayado por fuera del texto)

En relación a este principio fundamental, el Tribunal Constitucional ha reiterado que el Estado colombiano debe considerar aquellos aspectos en los cuales las

⁵⁶ <https://www.ourbodiesourselves.org/2019/10/negocio-socio-falta-de-igualdad-menstrual-en-las-carceles-colombianas/>

⁵⁷ https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-398-19.htm#_ftref93, par. 169.

⁵⁸ Sentencia T-398 de 2019 https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-398-19.htm#_ftref93, par 167

⁵⁹ <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-586-16.htm>

de garantizar el derecho fundamental a la salud, regularlo y establecer sus mecanismos de protección. Es importante precisar que en su artículo 2 establece:

ARTÍCULO 2o. NATURALEZA Y CONTENIDO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD. El derecho fundamental a la salud **es autónomo e irrenunciable** en lo individual y en lo colectivo. (...) (Negrilla y subrayado por fuera del texto)

Así mismo, en el artículo 5 literal a) dispone que el Estado tiene como obligación:

ARTÍCULO 5o. OBLIGACIONES DEL ESTADO. **"El Estado es responsable de respetar, proteger y garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud;** para ello deberá:

a) Abstenerse de afectar directa o indirectamente en el disfrute del derecho fundamental a la salud, de **adoptar decisiones que lleven al deterioro de la salud de la población** y de realizar cualquier acción u omisión que pueda resultar en un daño en la salud de las personas" (...). (Negrilla y subrayado por fuera del texto)

Con fundamento en lo enunciado, es esencial garantizarles a todas las mujeres y aún más a aquellas que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad, como lo son las privadas de la libertad⁶⁰, sus derechos fundamentales, en especial el derecho a la salud.

Ley 65 de 1993 "Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario", cuyo objetivo es regular el cumplimiento de las medidas de aseguramiento, la ejecución de las penas privativas de la libertad personal y de las medidas de seguridad. Este cuerpo normativo establece en sus artículos lo siguiente:

ARTÍCULO 5o. "RESPECTO A LA DIGNIDAD HUMANA. Modificado por el art. 4. Ley 1709 de 2014. En los establecimientos de reclusión **prevalecerá el respeto a la dignidad humana, a las garantías constitucionales y a los derechos humanos universalmente reconocidos.** Se prohíbe toda forma de violencia sicológica, física o moral". (Negrilla y subrayado por fuera del texto)

Respecto del tema puntual del expendio de artículos de primera necesidad, la ley dispone que:

ARTÍCULO 69. "EXPENDIO DE ARTICULOS DE PRIMERA NECESIDAD. La dirección de **cada centro de reclusión organizará por cuenta de la administración,** el expendio de artículos de

⁶⁰ La Corte Constitucional ha expuesto en múltiples decisiones el estado de cosas inconstitucionales que se presentan en los centros penitenciarios y carcelarios en Colombia entre ellas T-274/2017, T-153/1998, T-388/2013 y T-762/2015, entre otras.

mujeres han sido sujeto de discriminación histórica, a fin de establecer las medidas necesarias para reconocer una igualdad efectiva entre hombres y mujeres, y desde una dimensión funcional, debe establecer los casos en los cuales la dignidad humana reforzará los ámbitos personal y material de protección de derechos fundamentales cuando se está ante una mujer⁶⁰.

Frente al tema de higiene menstrual, el precedente constitucional ha establecido que este constituye una garantía concreta al principio de igualdad, en otras palabras, dispuso "el acceso a este tipo de productos es fundamental para que las mujeres puedan participar de la vida social y pública, con incidencia en el acceso a la educación y el trabajo."⁶¹

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD: La Carta Política establece en su artículo 49 que la salud es un servicio público a cargo del Estado, sin embargo, desde la expedición de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 se configura como un derecho fundamental, del cual se predica, entre otras, su carácter de irrenunciable. Además de dicha condición, se desprende el acceso oportuno y de calidad a los servicios que se requieran para alcanzar el mejor nivel de salud posible⁶².

El Fondo de la Población de las Naciones Unidas (UNFPA) ha indicado que "las mujeres y las niñas pueden sufrir consecuencias negativas para la salud **cuando carecen de suministros y servicios para manejar su salud menstrual** (...)"⁶³. (Negrilla y subrayado por fuera del texto), por ello es preocupante la situación en los establecimientos de reclusión colombianos, en donde las mujeres han manifestado que muchas veces por las condiciones en las cuales tienen que manejar su menstruación, han padecido infecciones vaginales y otras mayores complicaciones debido a la acumulación de bacterias⁶⁴.

b) MARCO LEGAL COLOMBIANO.

Ley Estatutaria 1751 de 2015 "Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones", el cual tiene por objeto el

⁶⁰ Constr. Ibidem párrafo 176

⁶¹ C. Const., sentencia de constitucionalidad C- 117 de 2018.

⁶² <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/T-121-15.htm>

⁶³ <https://www.unfpa.org/es/menstruaci%C3%B3n-preguntas-frecuentes>

⁶⁴ Contrás. <https://www.ourbodiesourselves.org/2019/10/negocio-socio-falta-de-igualdad-menstrual-en-las-carceles-colombianas/>

primera necesidad y uso personal para los detenidos y condenados". (Negrilla y subrayado por fuera del texto)

Resolución 6349 de 2016 del INPEC. En primer lugar, es importante mencionar que esta Resolución fue expedida conforme al numeral 14 del artículo 8 del Decreto Ley 4151 de 2011 "Por el cual se modifica la estructura del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC y se dictan otras disposiciones", norma que facultó al Director General del INPEC para expedir el reglamento general y aprobar los reglamentos del régimen interno a los cuales se sujetarían los diferentes establecimientos de reclusión. Ahora bien, esta Resolución consagra:

ARTÍCULO 1. DIGNIDAD HUMANA. **En los establecimientos de reclusión prevalecerá el respeto a la dignidad humana,** a las garantías constitucionales y a los derechos humanos universalmente reconocidos. Se prohíbe toda forma de violencia sicológica, física o moral. (...)

Toda actuación de la administración penitenciaria y carcelaria debe respetar la dignidad humana y los derechos constitucionales fundamentales de conformidad con las funciones de las medidas de aseguramiento y la pena, sin perjuicio de las restricciones propias a las que están sometidas las personas privadas de la libertad-PPL. (Negrilla y subrayado por fuera del texto)

De otra parte, conviene señalar que en los artículos 4 y 5 se establece que:

ARTÍCULO 4. ENFOQUE DE DERECHOS HUMANOS. El presente reglamento se **enmarca dentro de las normas y los estándares establecidos en la legislación internacional de los derechos humanos;** las obligaciones constitucionales y legales sobre la materia, como un marco conceptual aceptado por la comunidad internacional que puede ofrecer un sistema coherente de principios y reglas en el ámbito del desarrollo para las políticas y prácticas relacionadas con este. (Negrilla y subrayado por fuera del texto)

ARTÍCULO 5. ENFOQUE DIFERENCIAL. **El principio de enfoque diferencial reconoce que hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, sexo, religión, identidad, expresión de género, orientación sexual, diversidad corporal, raza, etnia, situación de discapacidad y cualquiera otra. Por tal razón, las medidas penitenciarias y carcelarias del presente reglamento contarán con dicho enfoque.** El Director General del INPEC expedirá los lineamientos de enfoque diferencial para adoptar las medidas tendientes a la protección, visibilización y garantía de derechos. (...) (Negrilla y subrayado por fuera del texto)

Es de resaltar que lo relativo al tema de higiene menstrual, se encuentra dispuesto en el reglamento, dentro de los elementos de uso permitido en celdas y dormitorios, de la siguiente manera:

ARTÍCULO 45. ELEMENTOS DE USO PERMITIDO EN CELDAS Y DORMITORIOS. En las celdas y dormitorios de las personas privadas de la libertad se permitirá exclusivamente la tenencia y uso de los siguientes elementos:

1. Artículos de aseo (desodorante, jabón, papel higiénico, cuchilla de afeitar, crema dental, preservativos, cepillo de dientes, champú, cremas para el cuerpo, toallas higiénicas, tampones, jabones íntimos y demás elementos de higiene. (...) (Negrilla y subrayado por fuera del texto)

En consideración a lo anterior resulta significativo indicar que en el Tercer Informe de la Comisión de Seguimiento de la Sociedad Civil (2017) a la Sentencia T-388 de 2013, se menciona que uno de los temas que cobra gran importancia para las mujeres recluidas es el de la higiene personal, sin embargo, no se le da la relevancia que requiere:

"A pesar de esto, esta garantía no se encuentra clara en muchos de los artículos del Reglamento General. El Semillero Interuniversitario de Abolicionismo Penal ha podido corroborar con algunas mujeres del Complejo Carcelario y Penitenciario de Jamundí, que la entrega gratuita de toallas higiénicas o tampones es prácticamente nula, tienen pocas horas de acceso a agua y la imposibilidad de estar en sus celdas cuando requieren descanso específico ante los malestares del ciclo menstrual⁶⁶."

"Por ejemplo, la obligación de entregar de manera gratuita toallas sanitarias y el suministro permanente de agua para las mujeres que estén en embarazo, en período de lactancia o de menstruación, etc., no se encuentra consignada en ninguna disposición del Reglamento⁶⁷". (Negrilla y subrayado por fuera del texto)

En consecuencia, dentro de la reglamentación interna de los establecimientos de reclusión a nivel nacional, se debe tener en cuenta no solo la legislación colombiana, sino que también, se debe responder a estándares internacionales, asegurando en su contenido un enfoque de derechos humanos y de género.

c) JURISPRUDENCIA NACIONAL.

Sentencia T-398/19. MP. Alberto Rojas Ríos⁶⁸: La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, estudió el caso de una mujer en situación de habitanza de calle en la ciudad de Bogotá D.C., quien durante su menstruación carecía de las posibilidades de adquirir elementos de higiene menstrual y por lo tanto solía usar

⁶⁶ https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/342877/20804380#content/citation_reference_15

⁶⁷ <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2018/02/Tercer-Informe-de-Seguimiento.pdf>, pie de página.

⁶⁸ <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-398-19.htm>

trapos, reutilizar toallas o buscarlas en la basura. En consideración a ello, el alto tribunal manifestó que estas mujeres no solo carecen de recursos económicos para costear estos productos, sino también se ven en la obligación de sobrellevar sus períodos menstruales bajo condiciones mínimas de salubridad⁶⁹.

Tras analizar el contenido de la dignidad humana (visión normativa y funcional) y el derecho a la salud desde la dimensión sexual y reproductiva de la mujer, la Corte Constitucional resaltó que dentro de las facetas de la dignidad humana se encuentra el desarrollo de un proyecto de vida propio en el que la mujer pueda participar en su comunidad, en especial si se encuentra en condiciones de vulnerabilidad. En este sentido, el Tribunal sostuvo que los insumos de higiene menstrual son bienes insustituibles que le facilitan o permiten a la mujer realizar su proyecto de vida, y que por ningún motivo pueden ser considerados como un accesorio estético, que se usan bajo criterios diferentes a la necesidad y la dignidad humana⁷⁰.

Sentencia T-267 de 2018. M.P. Carlos Bernal Pulido⁷¹: La corte Constitucional en este proveído, precisó que las mujeres privadas de la libertad, son consideradas personas en situación de vulnerabilidad:

"La violencia y la discriminación en contra de las mujeres tienen unas repercusiones concretas -a las que no suele prestársele suficiente atención- cuando ellas entran en contacto con el sistema penitenciario. No hay que hilar muy delgado para recordar que, en un marco como ese, están expuestas a situaciones que aumentan exponencialmente su vulnerabilidad, con un impacto claramente diferenciado. Tampoco, que las mujeres reclusas tienen, en dicha esfera de privación de su libertad, unas necesidades especiales que suplen y unos problemas concretos que enfrentar, desde los ámbitos más básicos y vitales⁷²". (Negrilla y subrayado por fuera del texto)

Frente a esta decisión judicial, es importante indicar que una de las necesidades básicas de las mujeres es la de contar con los productos de higiene menstrual de forma oportuna y suficiente, con el fin de poder garantizar la materialización de sus derechos fundamentales.

⁶⁹ <https://www.corteconstitucional.gov.co/noticia.php?La-Corte-Constitucional- protege-la-dignidad-humana-de-las-mujeres-habitantes-de-calle-y-ordena-diseñar-una-política-pública-de-gestión-de-su-higiene-menstrual-8758>

⁷⁰ Sentencia T-398/19, p. 60-61.

⁷¹ <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-267-18.htm>

⁷² *Ibidem*

Sentencia C- 117 de 2018. M.S. Gloria Stella Ortiz Delgado⁷³: En relación a la sentencia de constitucionalidad del artículo 185 (parcial) de la Ley 1819 de 2016, la Corte manifestó que "en los diferentes debates se aludió al estigma que existe alrededor de la higiene menstrual femenina, lo cual tiene un impacto respecto del derecho a la dignidad de las mujeres en tanto los artículos para su manejo son una necesidad absoluta y no productos de lujo". De otra parte, es importante poner de presente que el alto Tribunal indicó que:

"Las toallas higiénicas o sanitarias y los tampones desechables son productos que tienen como objetivo satisfacer las necesidades de las mujeres en edad fértil para el manejo de la menstruación. Entre las ventajas de este tipo de bienes es que controlan riesgos de salud por oposición a alternativas como el uso de elementos caseros que, al no tener una tecnología de absorción y niveles de higiene adecuados, pueden generar riesgos de infecciones. Igualmente, permiten controlar alores que surgen del sangrado vaginal y manchas en la ropa que tienen consecuencias de estigma y presentación personal, atados a los taboos alrededor de este fenómeno biológico. En tal sentido, permiten a las mujeres participar de la vida pública y social y ejercer las actividades diarias como el trabajo y la educación en igualdad de condiciones⁷⁴". (Negrilla y subrayado por fuera del texto)

De lo manifestado se colige que los productos de higiene menstrual no son artículos de lujo, sino que corresponden a una necesidad biológica de las mujeres en edad fértil, permitiendo este tipo de elementos que puedan llevar una vida en condiciones dignas.

Sentencia T-388 de 2013. M. P. María Victoria Calle Correa⁷⁵: El alto Tribunal se pronunció respecto de la violación grave y sistemática del derecho a la salud en los establecimientos penitenciarios y carcelarios del país, dejando de presente que:

A la violencia en el encierro en la región, se suma la violación grave y sistemática del derecho a la salud. El estado de salud personal, que de por sí se ve amenazado por la reclusión, está expuesto a graves riesgos cuando, además, existen condiciones insalubres, sin higiene y con la posibilidad de sufrir agresiones a la integridad física y mental. La falta de protección a grupos especiales de la población como las mujeres, los hijos de mujeres en prisión o las personas extranjeras, también son un mal que afecta a la región latinoamericana. Los derechos de estos grupos diferenciales suelen ser desatendidos ante la falta de recursos y la incapacidad de atender, al menos, al grueso de la población.⁷⁶" (Negrilla y subrayado por fuera del texto)

⁷³ <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-117-18.htm> Párr. 49.

⁷⁴ *Ibidem*

⁷⁵ <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-388-13.htm>

⁷⁶ *Ibidem*

3. NORMATIVIDAD INTERNACIONAL.

a) INSTRUMENTOS INTERNACIONALES.

Convención sobre la Eliminación de Todas Las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979). Este importante instrumento internacional fue ratificado hace más de cuatro décadas en Colombia, mediante la Ley 51 de 1981, la cual establece:

ARTÍCULO 3: "Los Estados Parte tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre". (Negrilla y subrayado por fuera del texto)

ARTÍCULO 12, numeral 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer - Recomendación General 24. Respecto al artículo 12 de la Convención, determinó que para la atención médica de las mujeres se debe tener en cuenta "factores biológicos que son diferentes para la mujer y el hombre, como la menstruación, la función reproductiva y la menopausia⁷⁷" y los "factores socioeconómicos que son diferentes para la mujer en general y para algunos grupos de mujeres en particular⁷⁸". (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Convención de Belem Do Pará. La Convención tiene como finalidad la erradicación de la violencia contra la mujer en todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases, por lo que la eliminación de la violencia contra la mujer es condición indispensable para su desarrollo individual y social y su plena e igualitaria participación en todas las esferas de vida.

ARTÍCULO 9°: "Para la adopción de las medidas a que se refiere este capítulo, los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está

⁷⁷ <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm>, numeral 12 literal a

⁷⁸ <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm>, numeral 23 literal b

en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad". (Negrilla y subrayado por fuera del texto)

Reglas de Bangkok. Conjunto de 70 normas expedidas por la ONU que velan por mejorar el tratamiento penitenciario hacia las mujeres, sus roles de género y las garantías para transitar hacia condenas no privativas en centro de reclusión⁷⁹ (Colombia es miembro fundador de las Naciones Unidas, ratificó el 5/noviembre/1945 la Carta Constitutiva de San Francisco).

Regla 5: "Los recintos destinados al alojamiento de las reclusas deberán contar con los medios y artículos necesarios para satisfacer las necesidades de higiene propias de su género, incluidas toallas sanitarias gratuitas y el suministro permanente de agua para el cuidado personal de niños y mujeres, en particular las que cocinen, las embarazadas y las que se encuentren en período de lactancia o menstruación". (Negrilla y subrayado por fuera del texto)

En relación a la aplicación de este instrumento internacional, se debe mencionar que, las integrantes del colectivo Mujeres Libres, "denunciaron que a pesar de que Colombia esté suscrito como país miembro de la ONU, no acata ni respeta ninguna de las 70 reglas de Bangkok y por el contrario profundiza un modelo penitenciario patriarcal en contra de las mujeres"⁸⁰.

Principios y Buenas Prácticas sobre la protección de las personas Privadas de la Libertad. Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad - Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁸¹:

Principio I. "Toda persona privada de libertad que esté sujeta a la jurisdicción de cualquiera de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos será tratada humanamente, con estricto respeto a su dignidad inherente, a sus derechos y garantías fundamentales, y con estricto apego a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

En particular, y tomando en cuenta la posición especial de garante de los Estados frente a las personas privadas de libertad, se les respetará y garantizará su vida e integridad personal, y se asegurarán condiciones mínimas que sean compatibles con su dignidad". (...) (Negrilla y subrayado por fuera del texto)

⁷⁹ <https://www.contagioradio.com/reglas-de-bangkok-una-garantia-para-las-mujeres-reclusas/>

⁸⁰ *ibidem*

⁸¹ <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>

sostenible global dentro de los límites planetarios"⁸³. Desde este enfoque, la agenda 2030 establece los siguientes objetivos:

- **Objetivo 3.** Garantizar una vida sana y promover el bienestar de todas a todas las edades.

3.7 De aquí a 2030, garantizar el acceso universal a los servicios de salud sexual y reproductiva, incluidos los de planificación familiar, información y educación, y la integración de la salud reproductiva en las estrategias y los programas nacionales⁸⁴.

3.8 Lograr la cobertura sanitaria universal, incluida la protección contra los riesgos financieros, el acceso a servicios de salud esenciales de calidad y el acceso a medicamentos y vacunas inocuos, eficaces, asequibles y de calidad para todos⁸⁵.

- **Objetivo 5.** Lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y las niñas.

5.6 Asegurar el acceso universal a la salud sexual y reproductiva y los derechos reproductivos según lo acordado de conformidad con el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, la Plataforma de Acción de Beijing y los documentos finales de sus conferencias de examen⁸⁶.

- **Objetivo 6.** Garantizar la disponibilidad y la gestión sostenible del agua y el saneamiento para todos.

6.2 De aquí a 2030, lograr el acceso a servicios de saneamiento e higiene adecuados y equitativos para todos y poner fin a la defecación al aire libre, prestando especial atención a las necesidades de las mujeres y las niñas y las personas en situaciones de vulnerabilidad⁸⁷.

En consideración a lo enunciado, resulta significativo precisar que si bien los escritos dispuestos por las diferentes relatorías de la CIDH y las recomendaciones del Comité de CEDAW no son vinculantes (soft law), si deben ser tomados en cuenta por los

⁸³ Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible | Comisión Económica para América Latina y el Caribe. (s. f.). Comisión Económica para América Latina y el Caribe. <https://www.cepal.org/es/temas/agenda-2030-desarrollo-sostenible>

⁸⁴ Agenda 2030. <https://www.cepal.org/es/temas/agenda-2030-desarrollo-sostenible>, numeral 3.7.

⁸⁵ Agenda 2030. <https://www.cepal.org/es/temas/agenda-2030-desarrollo-sostenible>, numeral 3.8.

⁸⁶ Agenda 2030. <https://www.cepal.org/es/temas/agenda-2030-desarrollo-sostenible>, numeral 5.6.

⁸⁷ Agenda 2030. <https://www.cepal.org/es/temas/agenda-2030-desarrollo-sostenible>, numeral 6.2.

De otra parte, es importante mencionar que la Relatoría de la CIDH, aborda en específico el tema de higiene menstrual, de la siguiente manera:

Principio XII. "Las personas privadas de libertad tendrán acceso a instalaciones sanitarias higiénicas y suficientes, que aseguren su privacidad y dignidad. Asimismo, tendrán acceso a productos básicos de higiene personal, y a agua para su aseo personal, conforme a las condiciones climáticas".

Se proveerá regularmente a las mujeres y niñas privadas de libertad los artículos indispensables para las necesidades sanitarias propias de su sexo. (Negrilla y subrayado por fuera del texto)

Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela) La Resolución 70/175 de la Organización de las Naciones Unidas establece algunos de los principios y prácticas que hoy en día se reconocen como idóneos para el tratamiento de los reclusos y la administración penitenciaria. En cuanto a la higiene personal, la regla número 18 de la Resolución 70/175 establece:

Higiene personal. 1. Se exigirá de los reclusos aseo personal y, a tal efecto, se les facilitará agua y los artículos de aseo indispensables para su salud e higiene. (...) (Negrilla y subrayado fuera del texto).

De la misma forma, las reglas Nelson Mandela establecen que las condiciones de vida generales respecto a la higiene personal, la atención de la salud y el acceso al saneamiento y agua potable deben ser aplicadas a todos los reclusos sin excepción (Regla 42)⁸².

Agenda 2030. La Resolución A/RES/70/L1 adoptada en septiembre de 2015 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, anunció los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) y las 169 metas conexas para trazar una ruta hacia un nuevo paradigma de desarrollo en el que juegan un rol importante las personas, el planeta, las alianzas, la prosperidad y la paz. Según la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), la agenda 2030 es civilizatoria "porque pone a las personas en el centro, tiene un enfoque de derechos y busca un desarrollo

⁸² A/RES/70/175 - S - A/RES/70/175 -Desktop. (2015, 17 diciembre). Organización de las Naciones Unidas. <https://undocs.org/es/A/RES/70/175>

Estados parte para su protección, so pena de verse en curso de un proceso ante la Comisión y posteriormente ante la Corte IDH.

b) JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL.

Caso Miguel Castro vs Perú ante la Corte IDH: respecto al tema de higiene menstrual la Corte identificó los siguientes hechos:

Dentro de las graves condiciones de detención se encuentran (...) desatención de las necesidades fisiológicas de la mujer al negarle materiales de aseo personal, como jabón, papel higiénico, toallas sanitarias y ropa íntima para cambiarse; desatención de las necesidades de salud pre y post natal; (...). El daño y sufrimiento experimentados por las mujeres en general y especialmente las mujeres embarazadas y por las internas madres resultó particularmente grave (...)⁸⁸. (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Por lo anterior la Corte resaltó que:

De conformidad con el artículo 5 de la Convención, toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en situación de detención compatible con su dignidad. En otras palabras, este tribunal ha señalado que la detención en condiciones de hacinamiento, el aislamiento en celdas reducida, con falta de ventilación y luz natural, sin lecho para reposo ni condiciones adecuadas de higiene, y la incomunicación o restricciones indebidas al régimen de visitas constituyen una violación a la integridad personal⁸⁹. (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Finalmente, la CIDH mencionó respecto de los hechos que vulneraron el derecho a la dignidad, en relación a la desatención de las necesidades específicas de género que:

También afectó a las mujeres la desatención de sus necesidades fisiológicas (...). El Comité Internacional de la Cruz Roja ha establecido que el Estado debe asegurar que "las condiciones sanitarias [en los centros de detención] sean adecuadas para mantener la higiene y la salud [de las prisioneras], permitiéndoles acceso regular a retretes y permitiéndoles que se bañen y que limpien su ropa regularmente". Asimismo, dicho Comité también determinó que se deben realzar arreglos especiales para las detenidas en período menstrual, embarazadas, o acompañadas por sus hijas. La comisión de esos excesos causó sufrimiento especial y adicional a las mujeres detenidas.

En atención a la jurisprudencia de la CIDH, se debe precisar que Colombia reconoció competencia a este Tribunal desde el 21 de junio de 1985, por lo que

⁸⁸ https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf párrafo 319

⁸⁹ https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf párrafo 315

todas sus decisiones tienen carácter vinculante desde esta fecha, y deben ser tomadas como referente por parte del Estado.

4. DERECHO COMPARADO.

Son varios los países que han desarrollado e implementado acciones encaminadas a garantizar dentro de sus legislaciones internas, el derecho de las mujeres a acceder a los elementos de higiene menstrual, en razón a que su reconocimiento y efectividad se encuentra estrechamente relacionado con derechos fundamentales, como lo son la dignidad humana, la salud reproductiva, la igualdad, entre otros.

PERÚ:

Actualmente se encuentra en trámite en el Congreso de ese país el Proyecto de Ley No. 5797 de 2020, cuyo objeto es garantizar el acceso universal, igualitario y gratuito a productos de gestión menstrual para niñas, adolescentes y mujeres adultas incluyendo a la población privada de la libertad. La iniciativa fue aprobada en enero de 2021 por unanimidad en la Comisión de Salud del Congreso y tendrá que ser debatido y votado en el Pleno de la Corporación.

ESCOCIA:

En el mes de noviembre de 2020, se aprobó el proyecto de Ley que tiene como objeto la distribución gratuita de tampones y toallas higiénicas a mujeres menstruantes, con una contundente votación de 112 votos a favor, 1 abstención y ninguno en contra, esto en razón a que los legisladores consideraron que las mujeres se ven seriamente afectadas económicamente, debido a que tienen que cubrir productos de gestión menstrual una vez al mes.

Ahora bien, resulta oportuno precisar que *“La prueba piloto que abrió el camino a la sanción de la ley de gratuidad de estos productos comenzó en julio de 2017, cuando el gobierno escocés anunció que daría de manera gratuita tampones y toallas sanitarias a mujeres y niñas de sectores de bajos ingresos en Aberdeen. En mayo de 2018, ante lo que el gobierno consideró el éxito de la iniciativa, destinó más de 5 millones de libras para financiar la provisión gratuita de esos productos a todas las estudiantes de Escocia. En 2019, el proyecto piloto volvió a ampliarse.”*⁹⁰

⁹⁰ <https://www.pagina12.com.ar/249639-tampones-y-toallitas-seran-gratis-en-escozia>

higiene femenina gratuita para las mujeres, la primera de ellas fue Columbia Británica, provincia en la cual precisó que *“el acceso a tampones y toallas higiénicas es tan esencial como el papel higiénico para una función corporal normal que afecta a la mitad de la población de este país.”*⁹³

ESTADOS UNIDOS.

Estados como Connecticut, Florida, Illinois, Maine, Maryland, Massachusetts, Minnesota, Pensilvania, Nevada, Nueva Jersey, Nueva York y el Distrito de Columbia, han eliminado los impuestos de los productos de higiene femenina.⁹⁴ En el año 2016, el estado de **Nueva York** aprobó la distribución gratuita de toallas femeninas y tampones en centros educativos, albergues y cárceles.⁹⁵ ello gracias a tres leyes, presentadas por la concejal Julissa Ferreras-Copeland, conocidas como “Menstrual Equity Bills” (Leyes de Equidad Menstrual), las cuales son consideradas como un hito histórico en el estado, al enviar un mensaje sobre la importancia del cuerpo de la mujer.

Por otra parte, en el Estado de **Virginia** se aprobó mediante Asamblea General en el año 2018, la Ley “House Bill 83”, que tiene como objeto proporcionar productos menstruales gratuitos a las mujeres privadas de la libertad. Para el desarrollo del proyecto de Ley, fueron importantes las investigaciones acerca de cuáles eran las condiciones de las mujeres privadas de la libertad en las prisiones federales, estatales y locales, en donde se concluyó que estas mujeres solo tienen acceso a los productos que les suministran las prisiones y que con frecuencia son un número insuficiente para cubrir sus necesidades dentro del ciclo menstrual.

Al igual que New York y Virginia, los Estados de **Colorado**, **Kentucky** y **Maryland**, no solo han avanzado en la eliminación de los impuestos de los productos de higiene femenina, sino que han emitido leyes para el acceso a estos productos, como por ejemplo a las mujeres en detención juvenil o a las mujeres privadas de su libertad al momento de ingresar a su reclusión y cuando lo soliciten de forma periódica,

⁹³ <https://www.magazinelatino.com/bc-sera-la-primer-provincia-de-canada-en-proporcionar-a-las-estudiantes-tampones-y-toallas-higienicas-gratis>

⁹⁴ <https://consumer.healthday.com/pregnancy-information-29/menstruation-news-473/dos-tercios-de-las-mujeres-pobres-de-ee-uu-no-pueden-costar-las-toallas-sanitarias-ni-los-tampones-seg-uacute-n-un-estudio-741695.html>

⁹⁵ <https://www.bancomundial.org/es/news/feature/2019/10/23/el-alto-costo-de-ser-mujer-en-el-mundo-en-desarrollo>

La norma establece que las escuelas, centros penitenciarios, universidades, bibliotecas y espacios de interacción de los habitantes, deben ofrecer de forma gratuita toallas y tampones. Así mismo se reglamentó que el suministro de estos productos debe responder a las necesidades de las mujeres en su ciclo menstrual, es decir, la cantidad de toallas higiénicas o tampones, deben ser suficientes para satisfacer el sangrado durante el ciclo menstrual de cada mujer.

Los puntos clave del suministro gratuito de productos de higiene menstrual son:

1. Cada autoridad local debe asegurarse de que, dentro de su área, todas las personas que necesiten usarlos puedan obtener productos de forma gratuita (de conformidad con los acuerdos establecidos y mantenidos por la autoridad local).
2. Los productos de período menstrual que una persona puede obtener gratuitamente en virtud de dichos acuerdos (ya sea que se obtengan en virtud de uno o más de los acuerdos de una autoridad local) deben ser productos suficientes para satisfacer las necesidades de la persona mientras se encuentre en Escocia.
3. Arreglos establecidos y mantenidos bajo las siguientes subsecciones:
 - a) Debe incluir una disposición en virtud del cual los productos pueden ser obtenidos por otra persona en nombre de la persona que necesita usarlos;
 - b) Podrá, cuando incluyan una disposición en virtud del cual los productos pueden ser entregados a una persona, requerir que la persona pague los costos asociados con el embalaje y la entrega (excepto cuando la persona no pueda razonablemente obtener productos de conformidad con los acuerdos, de cualquier otra manera).
4. A los efectos del numeral 2 las necesidades de una persona que vive en Escocia deben considerarse como todas surgidas mientras se encuentra en Escocia”.⁹¹

CANADÁ.

En el 2015, tras la recolección de 74 mil firmas por parte de organizaciones feministas, Canadá se convirtió en el primer país del mundo en eliminar los impuestos a las toallas higiénicas, copas menstruales, tampones y otros productos de gestión menstrual.⁹² Desde 2019, distintas provincias ofrecen productos de

⁹¹ Traducción propia del siguiente texto: “Periodo Products (Free Provision) [Scotland] Bill (2020): (1) Each local authority must ensure that, within its area, period products are obtainable free of charge (in accordance with arrangements established and maintained by the local authority) by all persons who need to use them. (2) The period products obtainable free of charge by a person under such arrangements (whether obtained under one or more than one local authority’s arrangements) are to be sufficient products to meet the person’s needs while in Scotland. (3) Arrangements established and maintained under subsection (1)— (a) must include provision under which period products are obtainable by another person on behalf of the person who needs to use them, (b) may, where they include provision under which period products may be delivered to a person, require the person to pay costs associated with packing and delivery (except where the person could not reasonably obtain products in accordance with the arrangements in any other way). (4) For the purposes of subsection (2), the needs of a person who lives in Scotland are to be regarded as all arising while in Scotland” [p.1]. Free period products in Scotland (Vol. 396, Número 10265), (2020). Elsevier BV. [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(20\)32583-4](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(20)32583-4).

⁹² <https://www.sbs.com.au/news/canada-scraps-tampon-tax>

normas que están basadas en la inclusión de género, la equidad menstrual y la especificidad.

Por otro lado, en julio de 2017 los Senadores Elizabeth Warren, Cordy Booker, Dick Durbin y la actual vicepresidenta Kamala Harris, presentaron un proyecto de Ley para mujeres encarceladas, el cual tenía como finalidad mejorar sus condiciones, entre ellas las relacionadas como el aumento en el acceso de los productos menstruales y sanitarios (tampones, toallas sanitarias, jabón humectante, champú, loción corporal, vaselina, pasta de dientes, cepillo de dientes, aspirina, ibuprofeno y cualquier otro producto sanitario), sin embargo el proyecto no logró ser aprobado por el Senado.⁹⁶

ARGENTINA:

Como consecuencia de la Campaña “MenstruAcción” impulsada por el Movimiento Economía Feminista, cuyo objetivo es acabar la estigmatización de la menstruación, se presentaron 3 proyectos de ley en el Congreso y más de 10 iniciativas normativas a nivel provincial y municipal que buscan la entrega gratuita de productos de gestión menstrual en escuelas, centros de salud pública, centros de reclusión de personas y redes de alojamientos diurnos y/o nocturnos para las personas en situación de calle.

Es importante manifestar que el 28 de mayo de 2020 se presentó ante la Cámara de Diputados de la Nación un proyecto de Ley que prevé la inclusión de los productos de gestión menstrual en las políticas sociales destinadas a la mitigación de los efectos de la pandemia del coronavirus, iniciativa que además busca la entrega gratuita de productos de higiene menstrual para las personas menstruantes en contextos de encierro carcelario, al considerarlo un asunto de salud pública.⁹⁷

CHILE.

En el año 2020, la Cámara de Diputados de Chile con una votación de 133 votos a favor y 1 abstención, aprobó una resolución que busca que el presidente de la república radique un proyecto de Ley que garantice un acceso democrático por parte de las mujeres a los productos de higiene menstrual, a través de su distribución

⁹⁶ 1524 (115th): Dignity Act (Vol. 1, Número 7), (2017). [https://www.govtrack.us/congress/bills/115/1524/text_\(p.6-7\)](https://www.govtrack.us/congress/bills/115/1524/text_(p.6-7))

⁹⁷ <https://economiefeminista.com/es/importante-hablar-de-menstruacion/>
<https://economiefeminista.com/sangre-sudary-gastos-por-que-la-menstruacion-es-un-factor-de-desigualdad/>

gratuita en instituciones educativas, en centros de salud públicos, cárceles, albergues y a personas en situación de calle.⁹⁸

EGIPTO.

El 8 de marzo de 2019, se inició la campaña liderada por el Egyptian Initiative for Personal Rights – EIPR, la cual solicita a las autoridades penitenciarias egipcias proporcionar gratuitamente toallas sanitarias a las mujeres privadas de su libertad, por cuanto “dependen de sus visitantes para conseguirlas con anticipación, y las reclusas que provienen de una clase económica más desfavorecida presentan menos probabilidades de tener miembros de la familia que puedan ir a visitarlas y satisfacer sus necesidades básicas”⁹⁹, así mismo precisan las líderes de la campaña: “la escasez de toallas sanitarias en las cárceles significa que muchas reclusas sienten la necesidad de usar sus toallas sanitarias durante un mayor número de horas. Esto conlleva a riesgos para la salud, ya que usar una toalla sanitaria húmeda durante más de 6 horas expone a las mujeres a un alto riesgo de contraer erupciones cutáneas, infecciones del tracto urinario e infecciones vaginales”.¹⁰⁰

MÉXICO.

La diputada Martha Tagle presentó ante el Congreso una propuesta de exhorto a la Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana y a las autoridades penitenciarias federales y estatales para que, con base en la Ley de Ejecución Penal, se den de forma gratuita los suministros de higiene menstrual a las reclusas, y de esta manera se garantice su derecho a la salud. Dentro del contenido del proyecto de la diputada se resalta que “se deben proporcionar servicios de salud a las mujeres, garantizando su seguridad sanitaria y bienestar físico para el ejercicio pleno de sus capacidades”.¹⁰¹

REINO UNIDO.

⁹⁸ <https://larepublica.pe/mundo/2020/01/15/chile-comara-de-diputados-busca-que-productos-de-higiene-menstrual-sean-gratuitos-atmp/>

⁹⁹ <https://www.escri-net.org/es/noticias/2019/carceles-egipcias-deben-respetar-necesidades-corporales-y-salud-mujeres-en-carceles>

¹⁰⁰ <https://www.escri-net.org/es/noticias/2019/carceles-egipcias-deben-respetar-necesidades-corporales-y-salud-mujeres-en-carceles>

¹⁰¹ https://infosien.senado.gob.mx/sasp/gaceta/64/2/2020-06-10-1/assets/documentos/Inic_MC_Dip_Martha_Tagle_art_115_LGE.pdf

obligaciones a favor del congresista de las que no gozan el resto de los ciudadanos. Modifique normas que afecten investigaciones penales, disciplinarias, fiscales o administrativas a las que se encuentre formalmente vinculado.

b) *Beneficio actual*: aquel que efectivamente se configura en las circunstancias presentes y existentes al momento en el que el congresista participa de la decisión.

c) *Beneficio directo*: aquel que se produzca de forma específica respecto del congresista, de su cónyuge, compañero o compañera permanente, o parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

(...)"

Sobre este asunto la Sala Plena Contenciosa Administrativa del Honorable Consejo de Estado en su sentencia 02830 del 16 de julio de 2019, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, señaló que:

“No cualquier interés configura la causal de desinversión en comento, pues se sabe que sólo lo será aquél del que se pueda predicar que es directo, esto es, que per se el alegado beneficio, provecho o utilidad encuentre su fuente en el asunto que fue conocido por el legislador; particular, que el mismo sea específico o personal, bien para el congresista o quienes se encuentren relacionados con él; y actual o inmediato, que concurra para el momento en que ocurrió la participación o votación del congresista, lo que excluye sucesos contingentes, futuros o imprevisibles. También se tiene noticia que el interés puede ser de cualquier naturaleza, esto es, económico o moral, sin distinción alguna”.

Así las cosas, en virtud del artículo 286 de la Ley 5 de 1992 y del artículo 1 de la Ley 2003 de 2019, este proyecto de ley reúne las condiciones de los literales a y b, circunstancias en las cuales es inexistente el conflicto de interés por parte de los Congresistas que participen en la discusión y votación de los proyectos de ley, al ser esta, una iniciativa que no genera un beneficio particular, actual y directo a su

Desde el año 2019, a través del Ministerio del Interior existe el compromiso de proporcionar los productos sanitarios gratuitos a todas las mujeres privadas de su libertad, la medida surge en un contexto en el que las detenidas no tenían la privacidad básica para usar un baño o el acceso a estos implementos durante su ciclo menstrual. Esta medida se ha materializado con leyes que eliminan los impuestos a los tampones y demás productos sanitarios, sin embargo, aún no existe una normatividad vigente con respecto al acceso gratuito de los implementos de higiene menstrual para las mujeres privadas, pese a que desde el año 2018 la Asociación de Visitantes de Custodia Independientes “The Independent Custody Visitors Association”, ha reportado algunas condiciones de salubridad impactantes en las que las mujeres reclusas no siempre cuentan con instalaciones higiénicas para el lavado de su zona íntima y en muchas ocasiones como consecuencia de ello, sufren de flujos sanguíneos en cantidades exageradas, lo cual conlleva a consecuencias en su salud y en su estado de ánimo.¹⁰²

IV. CONFLICTO DE INTERESES

Dando alcance a lo establecido en el artículo 3 de la Ley 2003 de 2019, “Por la cual se modifica parcialmente la Ley 5 de 1992”, se hacen las siguientes consideraciones a fin de describir las circunstancias o eventos que podrían generar conflicto de interés en la discusión y votación de la presente iniciativa legislativa, de conformidad con el artículo 286 de la Ley 5 de 1992, modificado por el artículo 1 de la Ley 2003 de 2019, a cuyo tenor reza:

“Artículo 286. Régimen de conflicto de interés de los congresistas.
Todos los congresistas deberán declarar los conflictos de intereses que pudieran surgir en ejercicio de sus funciones.

Se entiende como conflicto de interés una situación donde la discusión o votación de un proyecto de ley o acto legislativo o artículo, pueda resultar en un beneficio particular, actual y directo a favor del congresista.

a) *Beneficio particular*: aquel que otorga un privilegio o genera ganancias o crea indemnizaciones económicas o elimina

¹⁰² UK to provide all female prisoners with free sanitary products. (2019, 29 abril). World Economic Forum. <https://www.weforum.org/agenda/2019/04/uk-to-provide-all-female-prisoners-with-free-sanitary-products/>

favor, sino que su objeto se circunscribe a un tema de interés general que coincide y se fusiona con los intereses del electorado.

V. PROPOSICIÓN

En virtud de las consideraciones anteriormente expuestas, solicito a los honorables miembros de la Comisión Primera del Senado dar primer debate al Proyecto de Ley No. 300 de 2022 Senado – 105 de 2021 Cámara “Por medio de la cual se garantiza la entrega gratuita, oportuna y suficiente de artículos de higiene y salud menstrual a las personas menstruantes privadas de la libertad y se dictan otras disposiciones”, según el texto aprobado en la plenaria de la Cámara de Representantes.



ESPERANZA ANDRADE SERRANO.
Senadora de la República
Partido Conservador Colombiano

INFORME DE PONENCIA PARA SEGUNDO DEBATE AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 106 DE 2021 SENADO

por medio de la cual se modifican los artículos 17 y 18 de la Ley 1475 de 2011.

INFORME DE PONENCIA PARA SEGUNDO DEBATE AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 106 DE 2021 SENADO "POR MEDIO DE LA CUAL SE MODIFICAN LOS ARTÍCULOS 17 Y 18 DE LA LEY 1475 DE 2011".

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 174 y 175 de la Ley 5ª de 1992 y en atención a la designación efectuada por la Mesa Directiva de la Comisión Primera del Senado de la República, me permito presentar el INFORME DE PONENCIA PARA SEGUNDO DEBATE AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 106 DE 2021 SENADO "POR MEDIO DE LA CUAL SE MODIFICAN LOS ARTÍCULOS 17 Y 18 DE LA LEY 1475 DE 2011".

1. ANTECEDENTES DEL PROYECTO DE LEY

El proyecto de ley que nos ocupa corresponde a una iniciativa de origen congresional presentada por los HHSS ESPERANZA ANDRADE SERRANO, AMANDA ROCIO GONZALEZ RODRIGUEZ, RUBY HELENA CHAGUI SPATH, ANA MARIA CASTAÑEDA GOMEZ, y por los HHRR ADRIANA MAGALI MATIZ VARGAS, MARGARITA MARIA RESTREPO ARANDO, CESAR LORDUY MALDONADO, MARIA JOSE PIZARRO RODRIGUEZ, JUAN CARLOS LOZADA VARGAS, DIELA LILIANA BENAVIDES, JHON ARLEY MURILLO, JUANITA GOEBERTUS ESTRADA, ELIZABETH JAY-PANG DIAZ, BUENAVENTURA LEON LEON, FELIPE ANDRES MUÑOZ, JUAN FERNANDO REYES, KAREN VIOLETTE CURE CORCIONE.

Dicho proyecto fue radicado en la Secretaría General del Senado de la República con el número 106 de 2021, el 3 de agosto de 2021 y publicado en la Gaceta del Congreso No. 1021 de 2021. El proyecto es remitido a la Comisión Primera del Senado de la República por tratarse de asuntos de su competencia el día 19 de agosto de 2021 y he sido designado ponente único del proyecto mediante comunicación oficial emitida por la Mesa Directiva de dicha comisión, integrada por los HHSS Germán Varón Cotrino (Presidente) y Esperanza Andrade (Vicepresidente).

Continuando con el trámite actual, el proyecto de ley No. 106 de 2021 que nos ocupa fue anunciado para su discusión el día 16 de noviembre de 2021, y posteriormente aprobado por

unanimidad el día 17 de noviembre de 2021 como consta en Actas de Comisión Primera No. 28 y 29 de la misma anualidad.

2. OBJETO DEL PROYECTO

El proyecto de ley pretende, de acuerdo con su contenido y exposición de motivos, incentivar a los partidos y movimientos políticos a inscribir más mujeres para los cargos de elección popular, así como garantizar recursos para la financiación de los procesos políticos y electorales de este género, con miras a avanzar en su empoderamiento y lograr una participación efectiva de la mujer en los procesos electorales.

3. CONTENIDO DEL PROYECTO

El Proyecto de Ley No. 106 de 2021 Senado consta de tres (3) artículos, incluida la vigencia.

El **Artículo 1º** modifica los numerales 3 y 6 del artículo 17 de la ley 1475 de 2011, Por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales y se dictan otras disposiciones.

El **Artículo 2º** contiene disposiciones relativas a la destinación de los recursos provenientes de la financiación estatal para asegurar la participación de la mujer.

Finalmente, el **Artículo 3º** se refiere a la vigencia de la ley.

A continuación se adjunta el contenido del documento *Texto aprobado por la Comisión Primera del H. Senado de la República del proyecto de ley No. 106 de 2021 Senado.*



**COMISIÓN PRIMERA
CONSTITUCIONAL PERMANENTE**

TEXTO APROBADO POR LA COMISIÓN PRIMERA DEL H. SENADO DE LA REPÚBLICA

PROYECTO DE LEY N° 106 DE 2021 SENADO

"POR MEDIO DE LA CUAL SE MODIFICAN LOS ARTÍCULOS 17 Y 18 DE LA LEY 1475 DE 2011"

EL CONGRESO DE COLOMBIA

D E C R E T A:

ARTÍCULO 1º. Los numerales 3º y 6º del artículo 17 de la Ley 1475 de 2011 quedarán así:

ARTÍCULO 17. DE LA FINANCIACIÓN ESTATAL DE LOS PARTIDOS Y MOVIMIENTOS POLÍTICOS. El Estado concurrirá a la financiación del funcionamiento permanente de los partidos y movimientos políticos con personería jurídica, por conducto del Fondo Nacional de Financiación Política, de conformidad con las siguientes reglas de distribución de la correspondiente apropiación presupuestal:

3. El treinta y cinco por ciento (35%) se distribuirá por partes iguales entre todos los partidos o movimientos en proporción al número de curules obtenidas en la última elección del Congreso de la República.

6. El diez por ciento (10%) se distribuirá entre todos los partidos o movimientos políticos en proporción al porcentaje de mujeres elegidas respecto de su bancada, en cada Corporación pública.

Los partidos y movimientos políticos rendirán anualmente un informe detallado sobre la destinación de la financiación a la que se refiere el presente artículo.

El informe deberá ser publicado en la página web de la colectividad.

ARTÍCULO 2º. El artículo 18 de la Ley 1475 de 2011 quedará así:

ARTÍCULO 18. DESTINACIÓN DE LOS RECURSOS. Los recursos provenientes de la financiación estatal se destinarán a financiar las actividades que realicen para el cumplimiento de sus fines y el logro de sus propósitos y, en particular, para las siguientes finalidades, de conformidad con sus planes, programas y proyectos:

1. Para el funcionamiento de sus estructuras regionales, locales y sectoriales.
2. Para la inclusión efectiva de mujeres, jóvenes y grupos étnicos en el proceso político.
3. Para el funcionamiento de los centros y fundaciones de estudio, investigación y capacitación.
4. Para dar apoyo y asistencia a sus bancadas.
5. Para cursos de formación y capacitación política y electoral.
6. Para adelantar estudios de pregrado y posgrado en áreas afines a la gestión política y administración pública.
7. Para la divulgación de sus programas y propuestas políticas.
8. Para el ejercicio de mecanismos de democracia interna previstos en sus estatutos.

En todo caso, para las actividades de sus centros de pensamiento, la realización de cursos de formación y capacitación política y electoral, así como estudios de pregrado y posgrado enunciados en el numeral 6 y para la inclusión efectiva de jóvenes y minorías étnicas en el proceso político, los partidos y movimientos destinarán en sus presupuestos anuales una suma no inferior al quince por ciento (15%) de los aportes estatales que le correspondieren.

Del anterior porcentaje para la inclusión efectiva de mujeres en los procesos políticos y electorales, los partidos y movimientos deberán destinar, mínimo el siete por ciento (7%) de los aportes estatales que le correspondieren, para financiar programas de capacitación que promuevan la participación política de las mujeres y de las candidatas a cargos de elección popular mediante la realización de cursos de formación y capacitación política y electoral, o programas de formación de carácter formal, no formal e informal, afines a los propósitos formativos previstos en la presente ley o en la norma que la modifique o adicione.

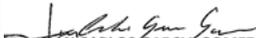
Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica están obligados a debatir y a aprobar democráticamente sus presupuestos, y a ofrecer completa información Pública sobre las decisiones adoptadas en esta materia, de conformidad con la reglamentación que expida el Consejo Nacional Electoral.

Parágrafo. Las disposiciones contempladas en el numeral 6 no aplica para las directivas de los partidos y movimientos políticos.

ARTÍCULO 3°. La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

EN LOS ANTERIORES TERMINOS FUE APROBADO EL PROYECTO DE LEY N° 106 DE 2021 SENADO "POR MEDIO DE LA CUAL SE MODIFICAN LOS ARTICULOS 17 Y 18 DE LA LEY 1475 DE 2011", COMO CONSTA EN LA SESION DEL DIA 17 DE NOVIEMBRE DEL 2021, ACTAS 29.

PONENTE:


JUAN CARLOS GARCÍA GÓMEZ
 H. Senador de la República

Presidente,


GERMAN VARÓN COTRINO

Secretario General,


GUILLERMO LEÓN GIRALDO GIL

otorgado a partidos y movimientos políticos dependiendo del número de mujeres y jóvenes elegidos en las corporaciones públicas, constituye en criterio de la Sala no solo un estímulo razonable a estos partidos y movimientos, sino que contribuye a promover la participación política efectiva de estos sectores de la población, lo cual se encuentra en plena armonía con la Constitución Política”.

Por otro lado, en relación con el artículo 18, acerca de la *DESTINACIÓN DE RECURSOS* provenientes de la financiación estatal,

“Al igual que lo expuesto anteriormente, en criterio de esta Sala, este tipo de regulaciones específicas respecto de porcentajes o montos concretos que deben destinarse a programas, proyectos o actividades específicas de los partidos o movimientos, de lo que les corresponde como financiación estatal; busca dar efectividad a los objetivos que la Constitución determina para los partidos y movimientos, en un marco de representación democrática y pluralismo jurídico. Además, la norma estatutaria restringe la utilización a determinado porcentaje, lo cual no afecta desproporcionadamente el grado de autonomía al que se ha hecho referencia. Por ende, se está ante una disposición que se encuentra en armonía con los postulados constitucionales respecto de la destinación de la financiación estatal –art. 109 Superior-, y de los principios de igualdad, democratización y de equidad de género que deben informar los partidos y movimientos políticos –art. 107 C.P.-”

Por esa misma vía, se conculca en esta ponencia la necesidad de incentivar a los partidos y movimientos políticos a inscribir más mujeres para los cargos de elección popular, así como garantizar recursos para la financiación de los procesos políticos y electorales de este género.

6. CONFLICTO DE INTERÉS

Dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 3 de la Ley 2003 del 19 de noviembre de 2019, por la cual se modifica parcialmente la Ley 5 de 1992, se hacen las siguientes consideraciones:

4. MARCO JURÍDICO DEL PROYECTO DE LEY

El Proyecto de ley que nos ocupa cumple con lo establecido en los artículos 140 numeral 1 de la Ley 5ª de 1992. Cumple además con los artículos 154, 157, 158 y 169 de la Constitución Política referentes a la Iniciativa Legislativa, formalidades de Publicidad, Unidad de Materia y título de la Ley. Así mismo con el artículo 150 de la Carta Política que manifiesta que dentro de las funciones del Congreso está la de hacer las Leyes.

5. COMENTARIOS DEL PROYECTO DE LEY

CONSIDERACIONES GENERALES

La iniciativa presentada se sustenta, principalmente, en jurisprudencia de la Corte Constitucional, específicamente en lo atinente a la constitucionalidad de los artículos 17 y 18 de la ley 1475 que aquí se pretenden modificar y que, adicionalmente, los autores resaltan, cuando aducen la Sentencia C-490 de 2011. Por un lado, en relación con el artículo 17 sobre *FINANCIACIÓN ESTADAL DE LOS PARTIDOS Y MOVIMIENTOS POLÍTICOS*:

“(…) el legislador estatutario fija igualmente otros criterios para la financiación estatal de partidos y movimientos políticos con personería jurídica, que resultan adecuados y válidos desde el punto de vista constitucional, tales como el número de mujeres elegidas en las corporaciones públicas; y el número de jóvenes elegidos en las corporaciones públicas. Estos criterios, en concepto de la Corte, se encuentran plenamente ajustados a la Constitución Política, en cuanto constituye un estímulo para los partidos y movimientos políticos para promover e incentivar la participación y elección efectiva de mujeres y jóvenes en las corporaciones públicas. A su vez, implican acciones afirmativas frente a las mujeres y jóvenes, y por tanto promueven la consecución efectiva de la igualdad real, disposiciones que para la Corte se encuentran en armonía tanto con lo dispuesto por el artículo 13 Superior, como con lo consagrado en el artículo 107 C.P., que estatuye como uno de los principios rectores de los partidos políticos la democratización de su organización y la equidad de género. Por tanto, el porcentaje de financiación estatal

Frente al presente proyecto, se estima que no genera conflictos de interés, puesto que no generaría beneficios particulares, actuales y directos, conforme a lo dispuesto en la ley, dado que, el objeto del proyecto del mismo versa sobre el reconocimiento de un derecho fundamental, en este caso el de la participación política, reconocido por la Corte Constitucional.

Sobre este asunto ha señalado el Consejo de Estado (2019):

“No cualquier interés configura la causal de desinversión en comento, pues se sabe que sólo lo será aquél del que se pueda predicar que es directo, esto es, que per se el alegado beneficio, provecho o utilidad encuentre su fuente en el asunto que fue conocido por el legislador; particular, que el mismo sea específico o personal, bien para el congresista o quienes se encuentren relacionados con él; y actual o inmediato, que concorra para el momento en que ocurrió la participación o votación del congresista, lo que excluye sucesos contingentes, futuros o imprevisibles. También se tiene noticia que el interés puede ser de cualquier naturaleza, esto es, económico o moral, sin distinción alguna”.

De igual forma, es pertinente señalar lo que la Ley 5 de 1992 dispone sobre la materia en el artículo 286, modificado por el artículo 1 de la Ley 2003 de 2019:

“Se entiende como conflicto de interés una situación donde la discusión o votación de un proyecto de ley o acto legislativo o artículo, pueda resultar en un beneficio particular, actual y directo a favor del congresista.

- Beneficio particular: aquel que otorga un privilegio o genera ganancias o crea indemnizaciones económicas o elimina obligaciones a favor del congresista de las que no gozan el resto de los ciudadanos. Modifique normas que afecten investigaciones penales, disciplinarias, fiscales o administrativas a las que se encuentre formalmente vinculado.
- Beneficio actual: aquel que efectivamente se configura en las circunstancias presentes y existentes al momento en el que el congresista participa de la decisión.
- Beneficio directo: aquel que se produzca de forma específica respecto del congresista, de su cónyuge, compañero o compañera permanente, o parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.”

- Se recuerda que la descripción de los posibles conflictos de interés que se puedan presentar frente al trámite del presente proyecto de ley, conforme a lo dispuesto en el artículo 291 de la ley 5 de 1992 modificado por la ley 2003 de 2019, no exime del deber del Congresista de identificar otras causales adicionales.

PROPOSICIÓN

Con fundamento en las razones expuestas, me permito rendir **PONENCIA POSITIVA** y en consecuencia solicitarle a la Plenaria del Senado de la República **DAR SEGUNDO DEBATE** al Proyecto de Ley No. 106 DE 2021 SENADO "POR MEDIO DE LA CUAL SE MODIFICAN LOS ARTÍCULOS 17 Y 18 DE LA LEY 1475 DE 2011", de conformidad con el texto aprobado en la Comisión Primera del Senado en su primer debate.

De los honorables Congresistas,



JUAN CARLOS GARCÍA GÓMEZ
SENADOR DE LA REPÚBLICA

TEXTO APROBADO POR LA COMISIÓN PRIMERA DEL H. SENADO DE LA REPÚBLICA

PROYECTO DE LEY N° 106 DE 2021 SENADO

"POR MEDIO DE LA CUAL SE MODIFICAN LOS ARTÍCULOS 17 Y 18 DE LA LEY 1475 DE 2011"

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

ARTÍCULO 1°. Los numerales 3° y 6° del artículo 17 de la Ley 1475 de 2011 quedarán así:

ARTÍCULO 17. DE LA FINANCIACIÓN ESTATAL DE LOS PARTIDOS Y MOVIMIENTOS POLÍTICOS. El Estado concurrirá a la financiación del funcionamiento permanente de los partidos y movimientos políticos con personería jurídica, por conducto del Fondo Nacional de Financiación Política, de conformidad con las siguientes reglas de distribución de la correspondiente apropiación presupuestal:

3. El treinta y cinco por ciento (35%) se distribuirá por partes iguales entre todos los partidos o movimientos en proporción al número de curules obtenidas en la última elección del Congreso de la República.
6. El diez por ciento (10%) se distribuirá entre todos los partidos o movimientos políticos en proporción al porcentaje de mujeres elegidas respecto de su bancada, en cada Corporación pública.

Los partidos y movimientos políticos rendirán anualmente un informe detallado sobre la destinación de la financiación a la que se refiere el presente artículo.

El informe deberá ser publicado en la página web de la colectividad.

22-03-22. COMISION PRIMERA H. SENADO DE LA REPUBLICA. SECRETARIA COMISION. SESIONES MIXTAS. En la fecha se radica la ponencia para segundo de esta iniciativa, en el correo institucional comision_primera@senado.gov.co.



Guillermo León Giraldo Gil
Secretario General Comisión Primera
H. Senado de la República

22-03-22. COMISION PRIMERA H. SENADO DE LA REPUBLICA. SECRETARIA COMISION. SESIONES MIXTAS. Acorde al artículo 165 de la Ley 5ª de 1992, se autoriza por parte de la Presidencia y la Secretaría de esta célula legislativa, la publicación de este informe de ponencia para segundo debate.

Presidente,



GERMÁN VARÓN COTRINO

Secretario,



GUILLERMO LEÓN GIRALDO GIL

ARTÍCULO 2°. El artículo 18 de la Ley 1475 de 2011 quedará así:

ARTÍCULO 18. DESTINACIÓN DE LOS RECURSOS. Los recursos provenientes de la financiación estatal se destinarán a financiar las actividades que realicen para el cumplimiento de sus fines y el logro de sus propósitos y, en particular, para las siguientes finalidades, de conformidad con sus planes, programas y proyectos:

1. Para el funcionamiento de sus estructuras regionales, locales y sectoriales.
2. Para la inclusión efectiva de mujeres, jóvenes y grupos étnicos en el proceso político.
3. Para el funcionamiento de los centros y fundaciones de estudio, investigación y capacitación.
4. Para dar apoyo y asistencia a sus bancadas.
5. Para cursos de formación y capacitación política y electoral.
6. Para adelantar estudios de pregrado y posgrado en áreas afines a la gestión política y administración pública.
7. Para la divulgación de sus programas y propuestas políticas.
8. Para el ejercicio de mecanismos de democracia interna previstos en sus estatutos.

En todo caso, para las actividades de sus centros de pensamiento, la realización de cursos de formación y capacitación política y electoral, así como estudios de pregrado y posgrado enunciados en el numeral 6 y para la inclusión efectiva de jóvenes y minorías étnicas en el proceso político, los partidos y movimientos destinarán en sus presupuestos anuales una suma no inferior al quince por ciento (15%) de los aportes estatales que le correspondieren.

Del anterior porcentaje para la inclusión efectiva de mujeres en los procesos políticos y electorales, los partidos y movimientos deberán destinar, mínimo el siete por ciento (7%) de los aportes estatales que le correspondieren, para financiar programas de capacitación que promuevan la participación política de las mujeres y de las candidatas a cargos de elección popular mediante la realización de cursos de formación y capacitación política y electoral, o programas de formación de carácter formal, no formal e informal, afines a los propósitos formativos previstos en la presente ley o en la norma que la modifique o adicione.

Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica están obligados a debatir y a aprobar democráticamente sus presupuestos, y a ofrecer completa información Pública sobre las decisiones adoptadas en esta materia, de conformidad con la reglamentación que expida el Consejo Nacional Electoral.

Parágrafo. Las disposiciones contempladas en el numeral 6 no aplica para las directivas de los partidos y movimientos políticos.

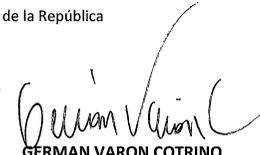
ARTÍCULO 3°. La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

EN LOS ANTERIORES TERMINOS FUE APROBADO EL PROYECTO DE LEY N° 106 DE 2021 SENADO "POR MEDIO DE LA CUAL SE MODIFICAN LOS ARTICULOS 17 Y 18 DE LA LEY 1475 DE 2011", COMO CONSTA EN LA SESION DEL DIA 17 DE NOVIEMBRE DEL 2021, ACTAS 29.

PONENTE:


JUAN CARLOS GARCÍA GÓMEZ
 H. Senador de la República

Presidente,


GERMAN VARON COTRINO

Secretario General,


GUILLERMO LEON GIRALDO GIL

CONCEPTOS JURÍDICOS

CONCEPTO JURÍDICO SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 484 DE 2021 (SENADO) - 045 DE 2020 (CÁMARA)

por medio del cual se establece la estrategia para la gestión integral de los residuos de las colillas de cigarrillo, tabaco, picaduras y cualquier otro residuo generado de este producto (en adelante el “proyecto”).

Bogotá D.C.

Honorable Senador
JORGE EDUARDO LONDOÑO ULLOA
 Comisión Quinta Constitucional Permanente
SENADO DE LA REPÚBLICA
CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA
jorge.londono@senado.gov.co

Referencia: Comentarios al Proyecto de Ley 484 de 2021 (Senado) – 045 de 2020 (Cámara) *“Por medio del cual se establece la estrategia para la gestión integral de los residuos de las colillas de cigarrillo, tabaco, picaduras y cualquier otro residuo generado de este producto”* (en adelante el “proyecto”).

Honorable Senador Londoño:

La **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO** (en adelante **SIC**) realiza un seguimiento permanente a los proyectos de ley que pueden tener incidencia en el ejercicio de las funciones que le han sido asignadas. En consecuencia y después de haber revisado la iniciativa que se indica en la referencia, nos permitimos poner en su consideración algunos comentarios frente al parágrafo del artículo 3, para que sean evaluados y se realicen los ajustes que consideren pertinentes.

Por una parte, se debe tener en cuenta que el artículo 27 del Acuerdo de Integración Subregional Andino, aprobado en Cartagena en 1959 (conocido como el Acuerdo de Cartagena), dispuso que la Comisión del Acuerdo aprobaría y sometería a consideración de los países miembros, un régimen común sobre marcas, patentes, licencias y regalías, entre otros aspectos.

La Decisión 486 de 2000 de la Comisión de la **COMUNIDAD ANDINA** (en adelante **CAN**) es actualmente el Régimen Común de Propiedad Industrial para los países que integran dicha organización internacional, que en la actualidad se encuentra integrada por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. La Decisión es una norma de carácter supranacional, que al contar con esta naturaleza goza de preeminencia respecto de las normas internas de cada uno de los países miembros; es decir, la regla interna de cada país miembro quedar desplazada por la norma comunitaria, la cual se aplica de manera preferente.

Ahora bien, el artículo 273 de la Decisión 486 de 2000 establece que, se debe entender como **OFICINA NACIONAL COMPETENTE** al órgano administrativo encargado del registro de la propiedad industrial, que para el caso colombiano corresponde a la **SIC**, según consta en el numeral 57 del artículo 1 de la Decisión 4866 de 2011.

Conforme a lo anterior, las funciones en materia de propiedad industrial que le corresponden a esta autoridad administrativa son las de oficina de concesión y registro de derechos de propiedad industrial; en concreto, para lo relacionado con las patentes de invención, modelos de utilidad, esquemas de trazado de circuitos integrados, diseños industriales, marcas, denominaciones de origen y demás signos distintivos. Estos trámites de concesión y registro se ajustan a lo dispuesto en la Decisión 486 de 2000, norma comunitaria que define tanto aspectos sustanciales como procedimentales, además de lo reglamentado por la **SIC**.

Al hilo de lo expuesto, consideramos pertinente hacer las siguientes acotaciones en relación con el régimen de propiedad industrial:

Preeminencia del derecho comunitario andino:

Como se ha dicho previamente, el régimen aplicable en materia de propiedad industrial en Colombia, está contemplado en la Decisión 486 de 2000 de la Comisión de la **CAN** y este ordenamiento jurídico se caracteriza por su preeminencia respecto frente a las normas de derecho interno de los países miembros. Al respecto, el **TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA** (en adelante **TJCA**), ha manifestado lo siguiente:

“Haciendo un análisis de la posición o jerarquía del Ordenamiento Jurídico Andino, ha manifestado que dicho ordenamiento goza de prevalencia respecto de los ordenamientos jurídicos de los Países Miembros y respecto de las Normas de Derecho Internacional, en relación con las materias transferidas para la regulación del orden comunitario. En este marco ha establecido que en caso de presentarse antinomias entre el Derecho Comunitario Andino y el derecho interno de los Países Miembros, prevalece el primero, al igual que cuando se presente la misma situación entre el Derecho Comunitario Andino y las normas de derecho internacional.”¹

En el mismo sentido, el **CONSEJO DE ESTADO**, en decisión del 14 de octubre de 2016, indicó lo siguiente:

“Desde el punto de vista jurídico, la supranacionalidad da origen al Derecho Comunitario entendido como el conjunto de decisiones obligatorias para los estados miembros y para sus nacionales, que el ser adoptadas por autoridades supranacionales tienen efecto directo en el ordenamiento jurídico interno tanto en el sentido de no requerir de los límites generalmente previstos para la entrada en vigor de los instrumentos internacionales, como por desplazar el derecho interno.

(...)

¹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Interpretación Prejudicial 36-IP-2012.

Con la creación del Tribunal se incorporaron de manera expresa los principios de aplicación inmediata, efecto directo y supremacía de las disposiciones del organismo supranacional.²

Con base en lo anterior, se entiende de manera inequívoca por qué el tratado de creación del TJCA dispone expresamente que los países miembros no adoptarán medidas que sean contrarias a las normas que conforman el ordenamiento jurídico supranacional o que de algún modo obstaculicen su aplicación³.

Además de lo anterior, cabe destacar que las normas comunitarias andinas son de aplicación directa y producen efectos inmediatos en los países que integran la CAN. En virtud de estas características, no requieren de incorporación interna mediante mecanismos legislativos o administrativos nacionales para que produzcan efectos, pues se trata de normas que obligan a los países miembros desde el momento en que son aprobadas por el CONSEJO ANDINO DE MINISTROS DE RELACIONES EXTERIORES o por la Comisión de la CAN⁴, y son directamente aplicables a partir de la fecha de su publicación en la gaceta oficial del acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior⁵.

Mandatos andinos que deben cumplir los países miembros de la CAN:

De acuerdo con la argumentación desarrollada sobre la preeminencia del derecho comunitario, es importante tener presente que una ley nacional solo puede regular aspectos no comprendidos en la Decisión 486 de 2000, sin establecer requisitos o prohibiciones adicionales⁶. Igualmente, la norma andina contempla el denominado principio de complemento indispensable, que no solo limita el ámbito de desarrollo normativo que tiene cada país miembro cuando aborda temas referentes a la propiedad industrial, sino que también dispone el deber de garantizar la mejor aplicación de las disposiciones comunitarias⁷.

Por otra parte, conforme con el artículo 154 de la Decisión 486 de 2000, el derecho al uso exclusivo de una marca se adquiere por el registro de la misma ante la respectiva oficina nacional competente. La norma establece el principio registral en el campo del derecho de marcas, a partir del cual se sustenta el sistema atributivo; en tanto el derecho exclusivo sobre las marcas nace del acto de registro.

Se hace referencia a derecho exclusivo ya que una vez registrada la marca, su titular tiene la facultad de explotarla e impedir, como regla general, que terceros realicen determinados actos

² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Bogotá D.C. 24 de octubre de 2016, Consejero Ponente: Germán Alberto Bula Escobar.
³ Artículo 4 de la Decisión 472 de 1999.
⁴ Artículo 2 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.
⁵ Artículo 3 ibidem.
⁶ Artículo 276 de la Decisión 486 de 2000.
⁷ Artículo 276 ibidem.

sin su consentimiento. De conformidad con lo anterior, se señala que el titular de la marca tiene dos tipos de facultades:

- (i) Positiva: es la facultad de explotar la marca y, por lo tanto, de ejercer actos de disposición sobre la misma, tales como usarla, licenciarla o cederla.
- (ii) Negativa (*ius prohibendi*): esta facultad tiene dos vertientes de acuerdo a si se está en el campo registral o en el campo del mercado. En relación con la primera, el titular de la marca tiene la facultad de impedir que terceros registren una marca idéntica o similarmente confundible y, en relación con la segunda, tiene la facultad de impedir que terceros sin consentimiento realicen determinados actos con su marca.

En cumplimiento de los mandatos de la Decisión 486 de 2000, el libre ejercicio de estas facultades por parte de los titulares de marcas debe garantizarse al interior de todos los países miembros de la CAN.

Conclusión:

Con base en lo expuesto, la prohibición propuesta en el parágrafo del artículo 3 del Proyecto (de usar cualquier marca de empresas productoras e importadoras en los colilleros), impediría a los titulares una correcta aplicación del artículo 154 de la Decisión 486 de 2000, ya que atenta contra el ejercicio de la facultad positiva del derecho al uso exclusivo de la marca.

De manera que, es importante diferenciar el derecho al uso exclusivo de la marca que tiene todo titular, de la publicidad que eventualmente puede realizarse sobre un producto identificado por una marca. Por un lado, el derecho al uso exclusivo es una potestad consagrada en la normativa andina cuya efectividad y aplicación inmediata debe garantizarse por parte de todos los países miembros de la CAN. Por otra parte, la publicidad sí puede ser objeto de una regulación tendiente a proteger otros derechos, sin llegar a transgredir de esta manera el régimen de propiedad industrial.

Teniendo en cuenta que el objetivo del Proyecto es implementar una estrategia para la gestión integral de los residuos de las colillas de cigarrillo, tabaco, picaduras y cualquier otro residuo generado de estos productos (incluyendo el tratamiento post consumo de todos los residuos generados), consideramos que las normas actuales y políticas públicas ya existentes sobre prevención y regulación de consumo de tabaco y sus derivados en la población pueden resultar complementarias. Por ejemplo, dentro del régimen legal colombiano se encuentra la Ley 1335 de 2009, que contempla disposiciones relativas a la publicidad y empaquetado del tabaco y sus derivados, sin llegar a prohibir el uso de las marcas para identificar dichos productos por parte de sus titulares.

De lo anterior, se infiere que pueden coexistir válidamente unas normas que regulan la publicidad de productos como el tabaco y sus derivados, con el régimen común de propiedad

industrial de la Decisión 486 de 2000, por lo que, acorde con lo analizado respetuosamente nos permitimos proponer la siguiente redacción para el parágrafo del artículo 3 del proyecto:

Parágrafo del artículo 3 del proyecto (...)	Recomendación / Propuesta SIC (...)
Parágrafo. Se prohíbe el uso de cualquier marca comercial de empresas productoras e importadoras de estos productos en los colilleros, así como cualquier referencia publicitaria en los mismos. ⁸	Parágrafo primero. Se prohíbe incluir en los colilleros toda referencia publicitaria relacionada con cigarrillos, tabacos y sus derivados o cigarrillos y dispositivos electrónicos de administración de nicotina y otras sustancias tóxicas. <i>Bajo ningún supuesto, el uso legítimo de una marca o cualquier signo distintivo, será entendido como un acto de publicidad.</i> Parágrafo segundo. De ninguna manera las disposiciones contempladas en el presente artículo pueden afectar los derechos de propiedad industrial ya concedidos en cabeza de terceros que adquirieron el registro de sus signos distintivos de buena fe, mediante los cuales identifican cigarrillos, tabacos y sus derivados o cigarrillos y dispositivos electrónicos de administración de nicotina y otras sustancias tóxicas. ⁹

Con estos comentarios esperamos contribuir al enriquecimiento de tan importante iniciativa, quedando a su disposición para resolver cualquier inquietud que se presente.

Cordialmente,


ANDRÉS BARRETO GONZÁLEZ
 Superintendente de Industria y Comercio

CONTENIDO

Gaceta número 193 - Lunes, 22 de marzo de 2022

SENADO DE LA REPÚBLICA

PONENCIAS

Págs.

Informe de Ponencia para Primer debate del Proyecto de ley número 300 de 2022 Senado – 105 de 2021 Cámara, por medio de la cual se garantiza la entrega gratuita, oportuna y suficiente de artículos de higiene y salud menstrual a las personas menstruantes privadas de la libertad y se dictan otras disposiciones..... 1

Informe de Ponencia para Segundo debate al Proyecto de ley número 106 de 2021 Senado, por medio de la cual se modifican los artículos 17 y 18 de la Ley 1475 de 2011. 12

CONCEPTOS JURÍDICOS

Concepto Jurídico Superintendencia de Industria y Comercio al Proyecto de ley número 484 de 2021 (Senado) - 045 de 2020 (Cámara), por medio del cual se establece la estrategia para la gestión integral de los residuos de las colillas de cigarrillo, tabaco, picaduras y cualquier otro residuo generado de este producto (en adelante el “proyecto”)..... 15