

SOTOMAYOR M., MARÍA JOSÉ, "Ley 2292 de 2023 – Ley de utilidad pública para mujeres cabeza de familia ¿Una mirada alternativa al poder punitivo?", *Nuevo Foro Penal*, 102, (2024).

Ley 2292 de 2023 – Ley de utilidad pública para mujeres cabeza de familia ¿Una mirada alternativa al poder punitivo?

Law 2292 of 2023 – Public utility law for women heads of household. An alternative look at punitive power?

MARÍA JOSÉ SOTOMAYOR M.*

1. Introducción – trámite legislativo

Por iniciativa de varios senadores de la República, en el año 2019 fue radicado el proyecto de ley 093 de 2019 Senado / 498 de 2020 Cámara, que tuvo como objetivo adoptar acciones afirmativas para mujeres cabeza de familia en materia de política criminal y penitenciaria con enfoque de género, proponiendo modificaciones al Código Penal, a la Ley 750 de 2002, el Código de Procedimiento Penal y otras normas concordantes. Lo anterior, al introducir la posibilidad de adoptar *una medida alternativa para el cumplimiento de la pena privativa de la libertad, denominada servicio de utilidad pública*.

Ese mismo año fue publicado el proyecto en la Gaceta número 734 de 2019 y remitido a la Comisión Primera Constitucional del Senado para el estudio correspondiente, cuyo ponente designado fue el senador Rodrigo Lara Restrepo. El proyecto fue considerado y aprobado en sesión de la Comisión Primera del Senado del 16 de junio de 2020 y en sesión Plenaria Mixta el 15 de diciembre de 2020. Por su parte, también fue discutido y aprobado en sesión de la Comisión Primera de la Cámara de Representantes del 9 de junio de 2021 y en sesión Plenaria del 18 de junio de 2021.

Una vez aprobado en los debates reglamentarios surtidos en el Congreso de la República, el Secretario General del Senado envió al Presidente de la República los antecedentes y la versión final del proyecto de ley para su correspondiente

* Abogada y psicóloga. Especialista en Derecho Penal. Consultora en seguridad y justicia del Centro de Valor Público de la Universidad EAFIT. Contacto: msotomay@eafit.edu.co

sanción ejecutiva. En principio, el gobierno nacional decidió no sancionar el proyecto, presentando objeciones de inconstitucionalidad. Por ello, fue remitido a la Corte Constitucional, quien en sentencia C-256/22 expuso sus consideraciones, según lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2067 de 1991. Pese lo anterior, finalmente el proyecto fue sancionado y entró en vigencia como ley de la república el 23 de marzo de 2023.

2. Exposición de motivos de la ley

Como ya se menciona previamente, esta ley tiene como principal propósito hacerle frente al problema de la doble victimización a la que se encuentran expuestas muchas mujeres en Colombia. En este sentido, en la exposición de motivos del proyecto se menciona que la mayoría de mujeres privadas de la libertad en el país son mujeres cabeza de familia que se encuentran cumpliendo penas por temas relacionados con tráfico de estupefacientes y hurtos. Muchas de estas se ven en la necesidad de acudir a este tipo de conductas por la falta de oportunidades dignas que satisfagan sus necesidades personales y familiares. En este sentido, se indica que la prisión es un instrumento inútil, en cuanto a su enfoque resocializador de mujeres que han cometido el delito por cuestiones de necesidad y falta de oportunidades, y por ende, estas medidas privativas de la libertad lo que hacen es que *“sus hijos crezcan sin sus madres y corran con ello mayores riesgos de caer en adicciones y criminalidad”*.

En cuanto a los antecedentes de esta iniciativa legislativa, se mencionan principalmente tres fuentes normativas y de información relevante para su justificación: a) Investigaciones académicas realizadas por la Universidad Javeriana, el Comité Internacional de la Cruz Roja y el Centro de Investigación y Docencia Económicas, denominado: *“Mujeres y prisión en Colombia: desafíos para la política criminal desde un enfoque de género”*. Así mismo, se cita un estudio elaborado por el Centro de Estudios Dejusticia, sobre *“Mujeres, políticas de drogas y encarcelamiento. Una guía para la reforma de políticas en Colombia.”* b) Las sentencias T-388 de 2013 y T-762 de 2015 de la Corte Constitucional que destacan la importancia de que en Colombia se asuma una política criminal que racionalice el uso de la prisión e incentive medidas alternativas de sanción, que busquen una efectiva resocialización, sobre todo cuando se trata de población de especial protección como es el caso de las mujeres, c) el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto que consagra la obligación del Estado de *“crear mecanismos sociales y administrativos para brindar un tratamiento penal diferenciado, transitorio y condicionado, a personas vinculadas, especialmente mujeres, al cultivo de plantaciones de uso ilícito y algunas*

de sus actividades conexas, con el fin de aportar elementos para la consolidación y sostenibilidad de la paz.”

Para justificar esta iniciativa legislativa, se hizo alusión al principio de mínima intervención y finalidad de la pena. Indicando que la protección de los bienes jurídicos a través del derecho penal solo puede ser subsidiaria. Y de esta manera la finalidad de la pena contempla una dimensión preventiva, retributiva y resocializadora¹. Y, por otro lado, se hizo referencia a la política criminal y penitenciaria en Colombia, mencionando que desde 1998 la Corte Constitucional ha considerado que este sistema se encuentra en un estado de cosas inconstitucional. Específicamente, en la sentencia T-762 de 2015 indicó que *“el aumento de nuevos tipos penales es lo que ha conllevado al incremento de penas y por ende a un número desproporcionado de personas privadas de la libertad”*. En este sentido, este proyecto de ley pretende racionalizar el uso de la pena privativa de la libertad, en el sentido que delitos que no son violentos y son consecuencia de la marginalidad social, sean desprovistos de las penas privativas de la libertad.

Ahora, frente a la problemática de la situación actual de las mujeres privadas de la libertad, se traen algunos datos del INPEC que indican que (a) el 66% de las mujeres privadas de la libertad pertenecen a estratos socioeconómicos bajos (estratos 1 y 2); (b) antes de la privación de la libertad el 72,8% tenían ingresos inferiores a dos salarios mínimos mensuales vigentes; (c) el 74,9% son madres cabeza de familia; y, (d) el 56.6% tiene un bajo nivel de escolaridad. Adicionalmente, se consigna que *“la mayoría de estas mujeres reportaron haber cometido el delito por razones relacionadas a su vulnerabilidad económica (...). El 82,5% de las mujeres privadas de la libertad entrevistadas no tienen antecedentes penales y generalmente son condenadas por delitos que no implican el uso de la violencia”*².

Asimismo, vale la pena mencionar que las conductas delictivas más comunes por las que son condenadas las mujeres que están privadas de la libertad, están relacionadas con el tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, concierto para delinquir, hurto y homicidio. Así, se indica que un alto número de mujeres privadas de la libertad en Colombia lo están por delitos relacionados con las drogas y en mayor medida a las condiciones de especial vulnerabilidad en la que se encuentran las mujeres, especialmente las proveedoras y cuidadoras de su familia, que hallan en el mercado ilegal de las drogas una forma de sustento económico para sus hogares.

1 Congreso de la República. Gaceta 734 del 09 de agosto de 2019. Bogotá DC: Imprenta Nacional de Colombia.

2 Corte Constitucional, Sentencia C-252 de 2022, M.P. Jorge Enrique Ibáñez.

Por otro lado, también se menciona que las mujeres que se encuentran privadas de la libertad por delitos relacionados con tráfico o fabricación de estupefacientes se caracterizan como personas con altos índices de pobreza, la mayoría son madres cabeza de familia, proveedoras y cuidadoras de sus hogares, tienen bajo nivel educativo y se vinculan al mercado de las drogas sin ser parte de dinámicas violentas³.

También se mencionan los efectos que viven estas mujeres por estar privadas de la libertad, en cuanto a la carga emocional que se deriva de la desintegración familiar, sobre todo cuando son mujeres cabeza de familia, los hijos son los que mayor impacto social tienen, así como sus familiares enfermos o que tienen alguna condición de discapacidad. En muchos casos, hay presencia de deserción escolar, trabajo infantil, problemas de salud mental, consumo de alcohol y drogas a temprana edad, entre otros. En suma, se indica que la cárcel detona desigualdades, discriminaciones e injusticias que se derivan de los impactos que produce sobre mujeres que provienen de una situación social precaria que se aumenta significativamente cuando están encarceladas.

Todo lo anterior, deja claro e introduce la necesidad de adoptar una política criminal con enfoque de género, que busque minimizar el trauma familiar, social y económico que causa el encarcelamiento de las mujeres en sus hogares, reducir los índices de hacinamiento carcelario, hacer efectivo el principio de proporcionalidad de la pena y, sobre todo, disminuir los costos humanos, económicos, familiares y sociales de la privación de la libertad. Es con base en lo anterior que se creó la ley 2292 de 2023.

3. Contenido del Proyecto de Ley

La Ley 2292 de 2023 está compuesta por veinte (20) artículos, de los cuales los primeros dos establecen su objeto y alcance. Sobre el objeto, como ya se ha establecido anteriormente, se busca la adopción de acciones afirmativas para mujeres cabeza de familia en materia de política criminal y penitenciaria, sin perjuicio de lo establecido por otra normatividad como sería la Ley 750 de 2002, en el numeral 5 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004.

Asímismo, sobre el alcance se indican los siguientes puntos:

- a. Que será aplicable a aquellas mujeres cabeza de familia condenadas por los delitos de: hurto (art. 239), hurto calificado (art. 240), hurto agravado (art. 241), conservación o financiación de plantaciones (art. 375), tráfico,

3 Organización de los Estados Americanos et al. *Mujeres Política de drogas y encarcelamiento: Una guía para la reforma de políticas en América Latina y el Caribe*. (Bogotá: CIM-OEA, S.F). Ver: <https://www.oas.org/es/cim/docs/womendrugsinarceration-es.pdf>

fabricación o porte de estupefacientes (art. 376) y destinación ilícita de muebles o inmuebles (art. 377), o condenadas a otros delitos cuya pena impuesta sea igual o inferior a ocho (8) años de prisión, donde se demuestre por cualquier medio de pruebas que la comisión del delito está asociado a condiciones de marginalidad que afecten la manutención del hogar y cumplan con los requisitos establecidos en la ley.

- b. Igualmente, se indica que la medida podrá aplicarse en los casos donde exista concurso de conductas punibles respecto de las cuales proceda prisión domiciliaria.
- c. No se aplicará cuando haya condena en firme por otro delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores a la comisión de la nueva conducta punible o exista concurso con conductas punibles diferentes a las señaladas.
- d. Se podrá aplicar el servicio de utilidad pública como medida sustitutiva de la pena de prisión en los casos de condenas por el delito de concierto para delinquir (artículo 340 del C.P.), cuando el concierto esté relacionado con los delitos de los artículos 239,240,241, 375, 376 y 377 del Código Penal.
- e. Finalmente, se indica que las condiciones de marginalidad, que deben probarse en el marco de esta ley, no dependen de la acreditación de la causal de atenuación punitiva consagrada en el artículo 56 de la ley 599 de 2000 y el beneficio otorgado en virtud de esta, no afectará la obtención de la medida sustitutiva.

Por otro lado, los artículos siguientes establecen el servicio de utilidad pública, indicando que la prestación de servicios de utilidad pública como sustitutiva de la prisión para mujeres cabeza de familia, consistirá en “el servicio no remunerado que, en libertad, ha de prestar las mujeres condenadas, a favor de instituciones públicas, organizaciones sin ánimo de lucro y no gubernamentales, mediante trabajos de utilidad pública en el lugar de su domicilio”. Y se establecen los criterios que deberá tener en cuenta el operador de justicia para aplicar y dosificar la pena sustitutiva de prestación de servicios de utilidad pública.

Sobre la dosificación, vale la pena indicar los criterios que se establecen en el artículo 5°:

- a. La condenada deberá trabajar un total de cinco (5) horas de prestación de servicios de utilidad pública por cada semana de privación de la libertad que se le imponga o que tenga pendiente de cumplir.
- b. La jornada de prestación de servicios de utilidad pública no podrá ser superior a ocho (8) horas diarias.

- c. La prestación del servicio de utilidad pública se deberá cumplir con un mínimo de cinco (5) horas y un máximo de veinte (20) horas semanales.
- d. La prestación del servicio de utilidad pública no podrá interferir con la jornada laboral o educativa de la condenada.
- e. La prestación del servicio de utilidad pública deberá realizarse en el lugar de domicilio del núcleo familiar de las personas que están a cargo de la mujer cabeza de hogar.

Asimismo, la ley establece la necesidad de crear una política pública de empleabilidad, formación y capacitación a cargo de los Ministerios de Trabajo, Educación y Comercio, a quienes les dió un término de dos (2) años para llevarla a cabo. Por otro lado, el artículo 7 establece los requisitos que deben cumplirse para conceder la pena sustitutiva de prestación de servicios de utilidad pública, los cuales serán:

1. Que la pena impuesta sea igual o inferior a ocho (8) años o se trate de condenas impuestas por la comisión de los delitos establecidos en los artículos 239, 240, 241, 375, 376 y 377 del Código Penal.
2. Que la condenada no tenga antecedentes judiciales, esto es, una condena en firme dentro de los cinco (5) años anteriores a la comisión del delito, salvo que se trate de delitos culposos, que tengan como pena principal la multa o que sea por los mismos delitos del numeral anterior.
3. Que la condenada manifieste su voluntad de vincularse libremente a la pena sustitutiva de prestación de servicios de utilidad pública.
4. Que se demuestre que es madre cabeza de familia, que para los efectos de esta ley será entendido como tener vínculos familiares, demostrando que la condenada ejerce la jefatura del hogar y tiene bajo su cargo afectiva, económica y socialmente de manera permanente a hijos menores o personas en condición de discapacidad permanente.
5. Que la conducta atribuida a la condenada no tipifique el delito establecido en el artículo 188-D del Código Penal.
6. Que se demuestre que la comisión del delito está asociada a condiciones de marginalidad que afectan la manutención del hogar.
7. Que la condenada comparezca personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerida para ello o en los términos acordados en el plan de servicios.

Por otro lado, el artículo 15 establece una política de salud mental y acompañamiento psicosocial para los establecimientos carcelarios. En este se indica que el Ministerio de Salud y Protección Social diseñará e implementará en el

término de un (1) año una política de atención integral para la promoción, prevención y seguimiento en materia de salud mental, cuidado psicológico y acompañamiento psicosocial al interior de los establecimientos carcelarios del país. En esta misma línea también se indica en el artículo siguiente que el Gobierno Nacional deberá promover medidas de prevención de los delitos de tráfico de estupefacientes y demás infracciones.

Finalmente, el artículo 17 modifica el tiempo de gestación de la procesada embarazada para ser candidata a la sustitución de la detención preventiva por la del lugar de residencia y cuando sea mujer cabeza de familia de menor de edad; al tiempo que el artículo 18 consagra la obligación de la reglamentación por parte del Gobierno Nacional.

4. Objeciones gubernamentales al proyecto de ley

Como es de esperarse en este tipo de proyectos de ley, fueron varias las discusiones que se dieron alrededor del mismo, donde se identificaron diferentes posturas de algunos congresistas e incluso, del mismo gobierno nacional, específicamente del entonces presidente Iván Duque.

Específicamente, las objeciones fueron formuladas respecto a los artículos 2, 4 y 7 del proyecto, ya que a su juicio estos permiten que el servicio de utilidad pública se extienda a los delitos de concierto para delinquir, hurto calificado y agravado, tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, destinación ilícita de muebles e inmuebles con fines de narcotráfico y demás delitos cuya pena impuesta sea igual o inferior a 8 años. Adicionalmente, el presidente de la República sostuvo que la expresión “mujeres” contenida en los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 14, 16, 17 y 19 incurre en una omisión legislativa relativa⁴.

Frente al primer argumento, indicó que el hecho de que el beneficio se extienda a delitos graves de alto impacto, como los antes mencionados, contradice las obligaciones estatales de proteger *“tales bienes jurídicos y castigar severamente las conductas que los afectan y ponen en peligro”*, y, por la otra parte, señaló que aplicar la medida en los casos aludidos *“lesiona derechos e intereses individuales y colectivos, pone en peligro la existencia misma de la sociedad y del Estado, en tanto incentiva y promueve la comisión de tales conductas delictivas, (...) [y] se presta para la instrumentalización de las personas beneficiarias de la medida y sus familias.”*⁵. Y

4 Corte Constitucional, Sentencia C-252 de 2022, M.P. Jorge Enrique Ibáñez.

5 Ibid.

desde su perspectiva esto va en contravía de la obligación del Estado colombiano de cumplir con los convenios y mecanismos de cooperación en la lucha contra el narcotráfico y la delincuencia organizada.

Respecto al segundo argumento, indica que los hombres que están a cargo de la jefatura de un hogar, conformado por menores de edad, también merecen una especial protección constitucional por parte del Estado. Resaltando que, a propósito del análisis de constitucionalidad del artículo 1 de la Ley 750 de 2002, en la Sentencia C-184 de 2003, la Corte reconoció que el Congreso de la República estaba facultado para *“conceder el derecho de prisión domiciliaria a las mujeres cabeza de familia, sin que ello implique una violación al principio de igualdad por no reconocer el mismo derecho a los hombres.”*⁶

En este sentido, consideró el presidente de la República que la mencionada providencia constituye un precedente aplicable al proyecto, y que el hecho de aludir exclusivamente a las “mujeres” pasa por alto que existen hombres que se encuentran en la misma situación fáctica, lo cual supone un escenario de desprotección para los menores de edad y para las personas en situación de discapacidad que dependen de una madre o un padre cabeza de familia.

Ahora, la Comisión Accidental, quien es la competente para evaluar las objeciones gubernamentales, una vez analizadas las objeciones mencionadas llegó a las siguientes conclusiones⁷:

- Frente a la objeción de los artículos 2, 4 y 7, señaló que, con base en el direccionamiento estratégico de la Fiscalía General de la Nación 2020-2024, está claro que la investigación y judicialización de las cadenas criminales, en tanto actores altamente fungibles, *“no aporta nada al logro de resultados en la lucha contra el narcotráfico y el crimen organizado.”* De ahí, que cobre sentido la necesidad de *“diseñar e implementar salidas alternativas al ejercicio de la acción penal para la población vulnerable obligada a participar en economías ilegales.”* Por esa vía, la

6 Señaló que en la misma Sentencia C-184 de 2003, la Corte aclaró que *“el legislador no puede proteger exclusivamente los derechos al cuidado y amor de los niños (...) cuando estos se ven expuestos a riesgos y cargas desproporcionadas por la ausencia de la madre (...) y desentenderse completamente de los derechos de los menores cuando dependen del padre”*, lo cual condujo a que en dicha providencia se declarara la exequibilidad del artículo 1 de la Ley 750 de 2002, bajo el entendido de que el derecho de prisión domiciliaria *“podrá ser concedido por el juez a los hombres que, de hecho, se encuentren en la misma situación que una mujer cabeza de familia, para proteger (...) el interés superior del hijo menor o del hijo [en condición de discapacidad]”*. Corte Constitucional, Sentencia C-184 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

7 Corte Constitucional, Sentencia C-252 de 2022, M.P. Jorge Enrique Ibáñez.

implementación de medidas alternativas a la pena de prisión está alineada con la política criminal vigente en el país y está en consonancia con el uso racional y subsidiario de la pena de prisión y del derecho penal. Asimismo, señaló que, con base en las investigaciones incluidas en la exposición de motivos, las alternativas a la prisión para mujeres en condiciones de vulnerabilidad resultan ser mucho más beneficiosas para la sociedad, si se tiene en cuenta que estas permiten *“reducir los perjuicios que tiene el encarcelamiento y contribuye a retribuir eficientemente a la resocialización y a la seguridad ciudadana”*.

- Sobre la presunta omisión legislativa relativa, la Comisión indicó que *“parte del propósito al enfocar esta medida en mujeres cabeza de familia se debe a que el encarcelamiento de las madres tiene efectos más graves debido a su rol de cuidado”*, lo cual se fundamenta en análisis empíricos y analíticos –como el realizado por la Pontificia Universidad Javeriana, el CIDE y el CICR– a partir de los cuales se puede concluir que *“el rol de cuidado que cumplen las mujeres, en la mayoría de los casos como cuidadoras principales o únicas, es determinante en el impacto intergeneracional que tiene la prisión en casos de delincuencia por vulnerabilidad.”* En ese sentido, sostienen que es constitucionalmente admisible que el legislador adopte acciones afirmativas en favor de las mujeres con las características anteriormente enunciadas, pues ello se sustenta en preceptos constitucionales y jurisprudenciales y en instrumentos internacionales. Por ello, la Comisión concluyó que la medida de política criminal con enfoque de género contenida en el proyecto de ley objetado permite atacar la inequidad que se presenta en el sistema judicial, el cual, como lo demuestran las estadísticas, afecta particularmente a las mujeres. En últimas, advirtieron que *“[n]o es aceptable de ninguna manera que nuestra justicia esté castigando de manera desproporcionada a mujeres cabeza de familia en condición de marginalidad. Sin embargo, mientras los sesgos estructurales en cuanto a las labores de cuidado se superan, debemos evitar un mayor daño a las mujeres cabeza de familia y, por ende, debemos asegurarnos [de] que las penas no dificulten aún más sus condiciones de vida.”*

En suma, teniendo en cuenta los argumentos de la Comisión, esta solicitó a las plenarios tanto de la Cámara de Representantes como la del Senado, improbar las objeciones parciales formuladas por el ex presidente de la República e insistir en la constitucionalidad del proyecto de ley. Finalmente, la Corte Constitucional se

pronunció mediante sentencia C-256 de 2022, declarando infundada las objeciones presentadas por el Gobierno Nacional y la Constitucionalidad del del Proyecto de Ley, y específicamente se inhibe de estudiar la segunda objeción por inconstitucionalidad parcial relativa a la configuración de una omisión legislativa relativa, tan solo en lo que respecta a las expresiones “*mujeres*” y “*madre*” contenidas en los artículos 1, 2, 3, 4, 5 y 19 del Proyecto de Ley No. 093 de 2019 - Senado y 498 de 2020 - Cámara, por ineptitud de la objeción.

5. Aplicación de la ley

5.1. Requisitos para analizar su viabilidad

Como se ha logrado ver, esta ley nos invita a considerar diferentes elementos identitarios en la historia de vida de las mujeres, ya que la condición de vulnerabilidad está atravesada, en principio, por el hecho de ser mujeres (el género). Esta situación se agrava y diferencia cuando ellas tienen orientaciones sexuales diversas, o pertenecen a grupos étnicos particulares, cuando han crecido en la pobreza, lo que se traduce en barreras profundas en lo que respecta a la privación de la libertad. En este sentido, este tipo de medidas tienen que estar encaminadas a la disminución de los riesgos y daños debido a las condiciones de opresión que ellas atraviesan. Así, la evaluación de los requisitos para acceder a este mecanismo sustitutivo de la prisión debe alinearse con el carácter constitucional de la medida, pero también con las directrices internacionales sobre la necesidad de materializar el principio de mínima intervención, teniendo en cuenta la historia de cada una de las mujeres.

De esta manera y con base en lo contenido en la Ley 2292, las personas que pueden acceder a este beneficio son aquellas que cumplan de manera acumulativa los requisitos mencionados en la ley, los cuales deben tenerse en cuenta algunas precisiones para su interpretación de aplicabilidad:

- a. **Ser mujer:** como se logra ver en la exposición de motivos y en la ley 2292 los servicios de utilidad pública están enfocados en el género dadas las razones del impacto diferenciado del delito y la prisión en las mujeres. Este requisito, se diferencia de otros subrogados penales como la prisión domiciliaria para madres cabeza de hogar, en el entendido que la población sujeta a beneficios de utilidad pública es la de *mujeres* que incluso sin ser *madres* cumplen con los criterios establecidos por la Ley 2292 de 2023. En este sentido, la autoridad judicial debe verificar que la persona

que solicita el beneficio sea mujer en un término amplio del concepto (autoreconocimiento), sin importar que tenga hijos o no⁸.

- b. Ser cabeza de hogar:** entendiéndose la jefatura de hogar cuando se ejerce bajo la existencia de vínculos familiares y que la mujer condenada tenga bajo su cargo afectiva, social y económicamente a sus hijos menores de edad, o a otras personas en condición de discapacidad permanente. De esta manera, la condición de jefatura del hogar debe extenderse a aquellas mujeres que tienen bajo su *cuidado* a diferentes personas de la familia, no siendo exclusivo para mujeres que son madres.
- c. Estar condenada a penas de 8 años o menos, o por la comisión de delitos relacionados con el hurto o los estupefacientes:** será importante mencionar que los artículos 2 y 7 de la Ley 2292 de 2023 establecen dos circunstancias diferenciadas al estar enmarcadas por una “o” disyuntiva. Así, el artículo 2 establece que el mecanismo aplica para “mujeres cabeza de familia condenadas por los delitos establecidos en los artículos 239, 240, 241, 375, 376 y 377 del Código penal, o condenadas por otros delitos cuya pena impuesta sea igual o inferior a los ocho años de prisión”. De esta manera, el estudio del requisito que debe hacer la autoridad judicial deberá basarse en comprobar de manera objetiva que la sentencia impuesta a la mujer cumpla con alguna de las dos condiciones alternativas mencionadas anteriormente.
- d. Haber cometido el delito en condiciones asociadas a la marginalidad:** este requisito debe ser analizado en concordancia con el párrafo quinto del mismo artículo que establece que *las condiciones de marginalidad que deben probarse para acceder a este beneficio no dependen de la acreditación de la causal de atenuación punitiva consagrada en el artículo 56 de la Ley 599 de 2000*. Por esta razón, es necesario considerar que el requisito de marginalidad no es objetivo ni comprobable solo a partir del estudio de la sentencia condenatoria y de la aplicación o no del atenuante punitivo contenido en el artículo 56 durante el proceso penal. En ese sentido, la marginalidad se constituye en un requisito personal que debe acreditarse y que demuestre que, al momento de la comisión del delito, las mujeres tenían condiciones socio económicas

8 Ministerio de Justicia y del Derecho. *Cápsula demográfica para Mujeres Privadas de la Libertad: situación demográfica penitenciaria y carcelaria de las mujeres privadas de la libertad*. (Bogotá: Ministerio de Justicia y del Derecho, 2020).

que les impedían ejercer el rol de cabeza de familia de manera lícita. Cabe señalar que el artículo 56 del Código Penal hace alusión a “profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas”, mientras que la Ley 2292 menciona “que la comisión del delito está asociada a condiciones de marginalidad que afecten la manutención del hogar”. Si bien las condiciones establecidas en el artículo 56, cuando se determinan en el proceso penal pueden servir como prueba de que la mujer cometió el delito en condiciones de marginalidad, no puede afirmarse que la demostración del requisito del artículo 56 sea un *requisito indispensable* para comprender la situación de marginalidad. La Ley 2292 se refiere a que la comisión del delito esté “asociada” a condiciones de marginalidad, esto es, que ni siquiera debe haber una relación de causalidad directa, sino que bastaría que exista un vínculo contextual o situacional como mínimo. Este requisito sin lugar a duda exige una mirada al pasado, es decir al momento de la comisión del delito, de tal forma que las autoridades judiciales puedan estar convencidas de que las condiciones socioeconómicas de las mujeres no les permitían ejercer labores de cuidado, y que en el marco de su condición de jefas de hogar fueron compelidas a la comisión del delito como forma de suplir la manutención del hogar. Dadas las características establecidas por la Ley 2292 de 2023, la marginalidad para estos casos deberá analizarse de manera sistemática con la condición de *mujer y cabeza de hogar*. Así pues, es un requisito que debe tener conexidad con las labores de cuidado ejercidas por las mujeres y no únicamente con la comisión de la conducta delictiva⁹.

- e. Que la condenada no tenga antecedentes judiciales:** siendo un requisito de exclusión, la Ley 2292 de 2023 estableció en su artículo 7
- a. Que los antecedentes judiciales para la presente ley se entienden como *una condena en firme dentro de los cinco años anteriores a la comisión del delito*.
 - b. Que si los antecedentes judiciales se tratan de delitos culposos no puede aplicarse una exclusión.
 - c. Que si los antecedentes son por delitos que tengan como pena principal la multa no puede aplicarse la exclusión.
 - d. Que, si los antecedentes son por delitos relacionados con los artículos 239, 240, 241, 375, 376 y 377 del Código Penal no puede aplicarse la exclusión.

- f. Que la condenada no tenga dentro de su sentencia un delito relacionado con el artículo 188D ni 229 del Código Penal:** la Ley 2292 de 2023 estableció dos exclusiones expresas del mecanismo sustitutivo de la pena de prisión por servicios de utilidad pública, relacionados específicamente con los delitos de *uso de menores para la comisión de delitos de delitos y la violencia intrafamiliar*. En este entendido, dado el principio de especialidad, en la Ley 2292 de 2023 el legislador no dispuso de exclusiones adicionales. Frente a esto y de acuerdo con la Corte Constitucional, el artículo 5º de la Ley 57 de 1887 estableció con claridad que la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general. De lo dicho se deduce también que si se tienen dos normas especiales y una de ellas, por su contenido y alcance, está caracterizada por una mayor especialidad que la otra, prevalece sobre aquella, por lo cual no siempre que se consagra una disposición posterior cuyo sentido es contrario al de una norma anterior resulta ésta derogada, pues deberá tenerse en cuenta el criterio de la especialidad, según los principios consagrados en los artículos 3º de la Ley 153 de 1887 y 5º de la Ley 57 del mismo año¹⁰.

5.2. Sobre el servicio de utilidad pública

Como lo indica la ley, el servicio de utilidad pública consiste en labores de carácter comunitario que deben cumplirse en entidades sin ánimo de lucro o en instituciones públicas. Para esto, el legislador dispuso de diversas herramientas, de tal manera que sea posible que el acceso al beneficio de las mujeres que cumplen con los requisitos no dependa de la disponibilidad de plazas a través de los listados elaborados por el Ministerio de Justicia, sino que, en ausencia de estos en un determinado municipio, sea posible acudir a otras medidas.

Ahora, de acuerdo con la ley, la posibilidad de acceso a una plaza de servicio de utilidad pública puede darse por tres vías:

- **Listado del Ministerio de Justicia y del Derecho:** de acuerdo con el artículo 5 de la Ley 2292 de 2023, el Ministerio de Justicia y del Derecho es la entidad competente para (i) suscribir convenios con entidades sin ánimo de lucro e instituciones privadas que dispongan de las plazas disponibles; (ii) crear un listado con dichas plazas y remitirlo cada tres meses al INPEC y al Consejo Superior de la Judicatura, o a quien haga sus veces, y por

10 Corte Constitucional, Sentencia C-005 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández.

intermedio de los Consejos Seccionales de la Judicatura, a los juzgados de conocimiento y de ejecución de penas y de medidas de seguridad; (iii) delegar la realización de listados a las autoridades territoriales. En este sentido, el Ministerio de Justicia creó a través del artículo 2.2.1.14.4.1. del Decreto 1451 de 2023, un Sistema de Información que contiene el listado completo de plazas en todo el territorio nacional para consulta pública. En este sistema, los jueces tienen la capacidad de reservar aquellas plazas que serán otorgadas a las mujeres para prestar los servicios en el municipio de su domicilio.

- **A través de entidades territoriales:** el artículo 5 de la Ley 2292 de 2023 dispone que, en caso de que no existan plazas en el listado del Ministerio de Justicia para un caso en específico, las máximas autoridades administrativas del ente territorial deberán habilitar una plaza para que, las mujeres que cumplan con los requisitos puedan obtener el beneficio. Vale la pena recordar que la disponibilidad de plazas no es un requisito de ley, sino la consecuencia de obtener el derecho por el cumplimiento de las condiciones legales. De esta forma, quienes cumplan con los requisitos acá mencionados deberán poder acceder a la libertad sin barreras de acceso de tipo administrativo.
- **A través de propuestas realizada por las mujeres u otros interesados, previa valoración judicial:** de acuerdo con el artículo 7 de la Ley 2292 de 2023 cuando se solicite el beneficio al momento de imponer la sanción penal, y este se otorgue sin plan de ejecución de servicios de utilidad pública, le corresponde al juez de ejecución de penas elaborar dicho plan con base en el listado del Ministerio de Justicia, o podrá asignarla a otras entidades que cumplan los criterios establecidos en el decreto 1451 de 2023.

Reflexiones finales

Como se ha logrado ver, tanto datos y estudios cualitativos como cuantitativos han logrado poner en evidencia el alto porcentaje de mujeres privadas de la libertad que, por su condición de género, cumplen con unas características determinantes para la creación de medidas afirmativas a su favor: a) la mayoría de las mujeres en prisión tienen un estatus socioeconómico bajo, b) son madres cabeza de familia, c) tienen hijos menores de 11 años y d) muchas de ellas han sido víctimas de violencias basadas en género. Es por esto que leyes como la 2292 de 2023 no resultan para nada desproporcionadas, ya que resaltan la importancia de implementar medidas

afirmativas (a través de mecanismos jurídicos) para hacerle frente a una realidad social que afecta a muchas mujeres en Colombia y que, a mi juicio, no tendría por qué sorprender el hecho de que exista la posibilidad de que mujeres en Colombia (que cumplen con los requisitos que trae la ley), cuenten con la alternativa de cumplir su condena en libertad, y al mismo tiempo contribuir a la comunidad, a través de la prestación de un servicio de impacto social.

La resignificación del poder punitivo consiste precisamente en la consideración de otras vías que trasciendan la idea de castigo en términos de privación de la libertad, hacia alternativas que tengan un impacto positivo tanto en quien comete el delito, como en las víctimas y en la sociedad en general. La responsabilidad del Estado frente al delito no se encuentra únicamente en castigar al responsable, sino en tratar el delito como un fenómeno social que debe ser comprendido a través de la identificación de circunstancias de vida que rodean la comisión del hecho, como en este caso son las de las mujeres que cometieron delitos. Es a partir de la comprensión de estas circunstancias que será posible tomar decisiones proporcionales y que realmente puedan generar un impacto positivo en la sociedad y el sujeto mismo en su proceso de responsabilización y resocialización.

No obstante, aun siendo esta ley sólida en cuanto a su contenido jurídico, el verdadero reto estará en su implementación, tanto desde una perspectiva reglamentaria para los diferentes actores involucrados, como en la interpretación y aplicación que los jueces de ejecución de penas hagan de la misma, ya que no se puede negar que es una ley que trasciende el análisis objetivo de los elementos que la componen y requiere apreciaciones que implican una mirada más humana de los elementos aportados como pruebas y el contexto que entran a narrar las mujeres sobre las circunstancias que rodearon la comisión del delito.

La sensibilidad del juez hacia los problemas constitucionales es una virtud imprescindible en la tarea de hacer justicia. Las decisiones jurídicas deben respetar el principio de legalidad y a la vez ofrecer una solución real a los conflictos sociales. En esta tarea, el sentido de la justicia y la equidad permiten hallar el derecho. La ley, por sí misma, es siempre deficiente frente a la realidad cambiante que está llamada a regular. Al intérprete le corresponde actualizar su contenido según las cambiantes circunstancias históricas y sociales y dar una aplicación correcta de las normas con la clara conciencia que su cometido es resolver problemas y no evadirlos¹¹.

11 Corte Constitucional, Sentencia T-605 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Bibliografía

- Congreso de la República. Gaceta 734 del 09 de agosto de 2019. Bogotá DC: Imprenta Nacional de Colombia.
- Ley 2292 de 2023. "Por medio de la cual se adoptan acciones afirmativas para mujeres Cabeza de Familia en materias de política criminal y penitenciaria, se modifica y adiciona el Código Penal, la Ley 750 de 2002 y el Código de Procedimiento Penal y se dictan otras disposiciones." 08 de marzo de 2023. DO N°52.330.
- Corte Constitucional, Sentencia C-005 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández.
- Corte Constitucional. Sentencia C- 256 de 2022. MP. Jorge Enrique Ibáñez Najar.
- Corte Constitucional. Sentencia T 605 de 1992. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. Sentencia T-388 de 2013. MP. Maria Victoria Calle.
- Corte Constitucional. Sentencia T-762 de 2015. MP. Gloria Stella Ortiz.
- Sánchez-Mejía, Astrid Liliana, Leonardo Rodríguez Cely, Gustavo Fondevila y Juliana Morad Acero. *Mujeres y prisión en Colombia: desafíos para la política criminal desde un enfoque de género*. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2018.
- Ministerio de Justicia y del Derecho. Cápsula demográfica para Mujeres Privadas de la Libertad: situación demográfica penitenciaria y carcelaria de las mujeres privadas de la libertad. Bogotá: Ministerio de Justicia y del Derecho, 2020.
- Organización de los Estados Americanos et al. "Mujeres Política de drogas y encarcelamiento: Una guía para la reforma de políticas en América Latina y el Caribe". Bogotá, S.F. Ver: <https://www.oas.org/es/cim/docs/womendrugsinarceration-es.pdf>