

Editorial

El pasado 04 de septiembre se expidió el Decreto 1451 de 2023, por medio del cual se reglamenta la Ley 2292 de 2023, que consagra la posibilidad de sustituir la pena de prisión por la prestación de servicios de utilidad pública. Dicha alternativa ha sido prevista para mujeres cabeza de familia, cuya responsabilidad penal se derive de delitos relacionados con circunstancias de marginalidad¹. En este sentido, el acceso a la pena sustitutiva supone acreditar (i) que la mujer que la solicita es cabeza de familia y (ii) que ha sido condenada por alguno de los delitos consagrados en los art. 239, 240, 241, 375, 376 y 377 del Código Penal, o por otros delitos cuya pena impuesta sea igual o inferior a ocho años de prisión. De esta forma, la norma pretende adoptar acciones afirmativas en la política criminal y penitenciaria, que contribuyan efectivamente a la reinserción social de las mujeres privadas de la libertad.

En principio, sin embargo, dos son las preguntas que surgen al revisar el contenido de la ley. Por un lado, podría cuestionarse el hecho de que la medida se restrinja específicamente a las mujeres, teniendo en cuenta que la marginalidad también puede constituir una circunstancia relevante para la comisión del delito frente a los hombres que asumen la jefatura del hogar. Esta cuestión resulta particularmente relevante si se tiene en cuenta que, en su momento, el presidente Iván Duque se negó a sancionarla por considerarla discriminatoria. Por el otro, habría que pensar en qué medida una pena como la aludida puede contribuir a la reinserción social de las mujeres privadas de la libertad, teniendo en cuenta que los servicios de utilidad pública no tienen remuneración.

Frente a lo primero, es importante recordar que ya en una ocasión anterior el legislador se había preocupado por establecer mecanismos de sustitución de la pena de prisión que beneficiaran particularmente a las mujeres cabeza de familia. En efecto, la Ley 750 de 2002 consagraba en el art.1° de su texto original que “La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá, cuando la infractora sea mujer cabeza de familia, en el lugar de su residencia o en su defecto en el lugar señalado por el juez en caso de que la víctima de la conducta punible resida en aquel lugar”. Para dicho momento, se señalaba

1 La marginalidad a la que alude la ley no supone que se haya reconocido la correspondiente atenuante de la responsabilidad penal en la condena.

que el objetivo de la norma era brindar una especie de “apoyo especial” a las mujeres que tuvieran dicha característica, de tal forma que el cumplimiento de la pena no resultara incompatible con la asunción de los roles de cuidado asociados a ella.

En este caso, sin embargo, la norma fue demandada ante la Corte Constitucional. La demanda planteaba que la posibilidad de acceder a la prisión domiciliaria no debía beneficiar exclusivamente a las mujeres cabeza de familia, sino, en general, a las personas que asumieran la jefatura del hogar. Así mismo, se problematizaba el que, correlativamente, la norma sólo beneficiara a los hijos de las mujeres en dicha condición. Al analizarla, la Corte partió de la base de que en la demanda era posible identificar dos problemas jurídicos diferentes: por un lado, era necesario determinar si se desconocían los derechos a la igualdad y la familia de los hombres que se encontraban en una situación análoga, dado que en su caso no se preveía la posibilidad de que cumplieran la pena en su domicilio. Por el otro, era necesario establecer si dicha diferenciación vulneraba el derecho de los niños y las niñas, que dependieran de estos últimos, a recibir amor y cuidado.

Al abordar ambas cuestiones, la Corte concluyó que, si bien la adopción de acciones afirmativas para las mujeres resultaba legítima, la norma no impactaba exclusivamente a estas últimas, sino también a las personas bajo su cuidado. Por ello, aunque no se promovía un trato injustificadamente diferenciado entre mujeres y hombres cabeza de familia, sí lo era con respecto a las personas que dependían de ambos.

En consecuencia, declaró la exequibilidad condicionada de las expresiones “mujeres”, “infractoras” y “autoras o partícipes” de la norma:

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

De esta forma, pese a que la norma pretendía ofrecer un tratamiento especial a las mujeres cabeza de familia, la decisión del alto tribunal permitió que el beneficio se aplicara a los hombres que pudieran encontrarse en la misma situación².

2 Corte Constitucional, Sentencia C-184 del 04 de marzo de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

La pregunta, en consecuencia, es si la Ley 2292 de 2023 sería susceptible de un análisis equivalente. Nuestra creencia es que no es así. A diferencia de la ley 750 de 2002, la Ley 2292 de 2023 no supone que las mujeres cabeza de familia permanezcan en el hogar, sino por el contrario que cumplan un servicio de utilidad pública que, al menos en principio, tendría que ejecutarse por fuera de su domicilio. Esta diferencia, que pareciera mínima, no lo es. El hecho de posibilitar el cumplimiento de la pena desde el hogar supone un reconocimiento del impacto negativo que tiene la pena de prisión sobre las labores de cuidado que ejercen las mujeres cabeza de familia. Ello, entonces, supone que la norma ofrece un tratamiento especial a estas últimas en tanto les corresponde asumir la jefatura del hogar. En este sentido, es posible plantear que, analógicamente, aquellas personas que dependen de hombres que también cumplen labores de cuidado merecen un trato equivalente y, por ello, la posibilidad de acceder a la prisión domiciliaria se debería reconocer también para estos últimos.

Empero, en el caso de los servicios de utilidad pública la situación pareciera ser diferente³. El reconocimiento, en este caso, no atiende a una consideración acerca del impacto de la pena de prisión sobre las labores de cuidado, sino, por el contrario, acerca de las circunstancias que han conducido a la mujer a la prisión. Así pues, el problema al que responde la norma no es la posición de vulnerabilidad en la que se encuentran los hijos de las personas privadas de la libertad que ejercen la jefatura del hogar, sino las condiciones estructurales que inciden en la criminalización femenina.

En este punto, una mirada a los estudios que se ocupan de la situación de las mujeres privadas de la libertad puede resultar esclarecedor. Para comenzar, vale la pena resaltar que las mujeres no suelen ser el foco del debate en torno a la institución carcelaria y, en general, en torno al delito. Esta circunstancia podría estar respaldada por el hecho de que las mujeres no constituyen la mayoría en el sistema penitenciario.

3 A una conclusión similar pareciera haber arribado la Corte Constitucional en la Sentencia C-256 de 2022, al analizar la objeción presidencial. En este caso, la Corte sostiene que la misma fue sustentada de manera insuficiente y que, en tal sentido, no bastaba con efectuar un parangón con la Ley 750 de 2002. Al respecto, la providencia señala que: "(...) las medidas contenidas en el proyecto de ley objetado responden ante todo al perfil delictivo y a las condiciones penitenciarias de las mujeres que cometen delitos asociados al narcotráfico, lo que involucra los impactos socioeconómicos y familiares de la prisión y hace de las medidas un instrumento de política criminal. Naturalmente esto contrasta con el contexto, el alcance y los objetivos de la medida sustitutiva a la pena de prisión contemplada en la Ley 750 de 2002"

Globalmente, estas últimas solo representan el 6,9% de la población carcelaria⁴ y, en Colombia, solo llegan al 6,5%⁵.

Ello, sin embargo, no debería disuadirnos de la necesidad de adoptar un enfoque diferencial en su caso. Y ello por dos razones. Por un lado, el hecho de que las mujeres sean una minoría en el sistema es un dato apenas relativo. Si bien las mujeres son menos, en los últimos años su encarcelamiento ha crecido de manera mucho más acelerada que el encarcelamiento masculino. De acuerdo con el World Female Imprisonment List, el número de mujeres en prisión se ha incrementado en un 60% entre 2000 y 2022, mientras que el de hombres se ha incrementado un 22%.

Por el otro, en buena medida la delincuencia femenina estaría vinculada con circunstancias estructurales estrechamente relacionadas con la discriminación histórica de la mujer⁶. En efecto, teniendo en cuenta las dificultades con las que chochan muchas de ellas para acceder a empleos formales y la frecuencia con la que deben asumir en solitario la jefatura de hogar, no sorprende que delitos como el hurto o el tráfico de estupefacientes sean prevalentes en las cárceles de mujeres. Y ello toca con un punto esencial de la ley: en el caso colombiano, la persecución de los delitos frente a los cuales procede la pena sustantiva tiene un impacto desmedido sobre la población femenina. En este sentido, autores como Uprimny y Guzmán han denunciado las consecuencias perversas de la política antidrogas para las mujeres en situación de pobreza⁷.

Por ello, la distinción establecida en la ley no resulta arbitraria. Si bien es innegable que la marginalidad es un factor para tomar en cuenta siempre que se pretenda evaluar la responsabilidad penal en nuestro contexto, también lo es que esta afecta de manera particularmente grave a ciertos colectivos. Siendo así, creemos que el tratamiento diferenciado que promueve la Ley 2292 de 2023 no resulta descabellado,

4 Helen Fair y Roy Walmsley, *International Center for Prison Studies: World Female Imprisonment List*. 5th ed., (London: World Prison Brief, 2022), p. 2.

5 “Tableros estadísticos”, *Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario*, acceso el 15 de octubre de 2023, <https://www.inpec.gov.co/estadisticas/tableros-estadisticos>

6 Eryvn Norza-Céspedes *et. Al*, “Descripción de la criminalidad femenina en Colombia: factores de riesgo y motivación criminal”. *Revista Criminalidad* n°1 (2012): 339 – 357.

7 Rodrigo Uprimny y Diana E. Guzmán, “Políticas de drogas y situación carcelaria en Colombia.” *Sistemas sobrecargados. Leyes de drogas y cárceles en América latina* (2010): 40-50.

sino que constituye un reconocimiento necesario de las condiciones estructurales que inciden en la comisión de dichos delitos por parte de las mujeres.

Ello, sin embargo, deja incólume la pregunta acerca de la idoneidad de la medida para posibilitar la reinserción social. En varios apartados, tanto del proyecto de ley, como del Decreto reglamentario, se alude a la finalidad resocializadora de la pena, y la forma en que esta aparece consagrada en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el Código Penal y en el Código Penitenciario. En ambos casos, se hace alusión al deber del Estado de propiciar mecanismos que permitan que las personas privadas de la libertad puedan reincorporarse efectivamente a la vida en sociedad. Con base en ello, se plantea la necesidad de posibilitar formas alternativas de cumplimiento de la pena que contribuyan a la reintegración social de la persona que ha delinquido.

Pese a que reiteradamente se hace referencia a esta última como un fin o función de la pena, lo cierto es que también se le vincula con la dignidad humana y la garantía de los derechos del condenado. Por ello, de hecho, el acceso a los servicios de utilidad pública se consagra como una posibilidad a la que pueden acceder las mujeres de manera voluntaria y no como una forma obligatoria de cumplimiento de la pena. De esta manera, y en contra de lo que promovería un ideal resocializador de la pena, pareciera que se hace alusión, más que a un fin de esta última, a la existencia de un derecho a la reinserción social de las personas privadas de la libertad⁸.

Siendo así, la pregunta por la idoneidad del mecanismo resulta aún más pertinente, teniendo en cuenta que su diseño debería atender a las necesidades del colectivo al que está dirigido. Y, en este punto, las bondades de la propuesta no resultan tan evidentes. Si bien la existencia de una pena sustitutiva para las mujeres en situación de marginalidad es, sin duda, plausible, no queda muy claro cómo la prestación de un servicio de utilidad pública no remunerado podrá ser compatibilizado con las circunstancias que han incidido en su conducta delictiva.

8 Esta perspectiva no es aislada y, por el contrario, coincide con algunas voces de la doctrina que, hace ya algunos años, han sostenido la existencia de un derecho de esta naturaleza. Al respecto, Juan Oberto Sotomayor y Fernando León Tamayo. "Dignidad humana y derecho penal: una difícil convergencia. Aproximación al contenido constitucional de la norma rectora del artículo 1 del Código Penal colombiano". *Revista de derecho* nº48 (2017): 21 – 53; Juan Oberto Sotomayor Acosta y Ana María Uribe Restrepo. "Fundamento constitucional y alcances legales del derecho a la reintegración social del condenado". En *Desafíos del derecho penal en la sociedad del siglo XXI: libro homenaje a Ignacio Berdugo Gómez de la Torre*. (Bogotá: Temis, 2018).

Si la dificultad para acceder al mercado laboral y la asunción de las labores de cuidado son un factor relevante para la comisión de ciertos delitos por parte de las mujeres, la ocupación de una porción importante del tiempo —5 horas por cada semana de privación de la libertad impuesta o que falte por cumplir, según la Ley 2292 de 2023— en una labor adicional no remunerada podría terminar por, paradójicamente, dificultar su integración social. Es de aclarar que la propia ley pareciera prever esta situación al establecer que dichas labores no podrán interferir con las jornadas laborales o educativas de la condenada. Empero, no resulta obvio cómo podría hacerse compatible tal actividad con la necesidad de ejercer trabajos informales que, a su vez, permitan cumplir con labores de cuidado en el hogar.

En suma, los efectos de la Ley 2292 de 2023 aún están por verse y la pregunta por su impacto real sobre la reincorporación social se mantiene en el aire. Sin embargo, no podemos dejar de resaltar el hecho de que se promuevan medidas afirmativas para las mujeres privadas de la libertad. En últimas, si contra todas nuestras prevenciones, la pena sustitutiva puede contribuir a reducir el impacto de la criminalización sobre las mujeres en condición de marginalidad, sus virtudes serán innegables.