



Madres cabeza de hogar privadas de la libertad en Colombia: Impacto social, efectos sobre la niñez y propuestas jurídico-penales para la protección de la célula familiar.

Isabella Aristizabal Suárez

**Director
Nicolas Ortega Tamayo
(Magister en Derecho)**

**Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar al título de
abogado**

**Pregrado en Derecho
Escuela de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad Pontificia Bolivariana
Medellín
(2026)**

Declaración de originalidad

Fecha: 28/05/2026

Nombre del estudiante: Isabella Aristizabal Suárez

Declaro que este trabajo de grado no ha sido presentado con anterioridad para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en esta o en cualquiera otra universidad.

Declaro, asimismo, que he respetado los derechos de autor y he hecho uso correcto de las normas de citación de fuentes, con base en lo dispuesto en las normas de publicación previstas en los reglamentos de la Universidad.



Firma de los estudiantes

RESUMEN.

La presente investigación analiza si el ordenamiento jurídico colombiano garantiza de manera efectiva los derechos de los niños hijos de madres cabeza de hogar privadas de la libertad, o si la aplicación uniforme de la pena privativa genera tensiones de incompatibilidad con el principio del interés superior del niño y perpetúa escenarios de vulnerabilidad estructural. Es defendida la tesis de que, aunque el marco normativo nacional e internacional reconoce la protección forzada a la niñez (especialmente) a partir de la Constitución Política en sus artículos 13 y 44, la ley 1098 de 2006, la convención sobre los derechos del niño y la jurisprudencia constitucional en sentencias como la T-388 de 2013 o la T-762 del 2015, reiteran vacíos en su aplicación práctica dentro del sistema penitenciario que invisibiliza los impactos colaterales sobre los menores. La metodología que dará respuesta a la investigación será la cualitativa, con un especial enfoque analítico y comparado, mediante la revisión documental de normas, sentencias e instrumentos internacionales como las reglas de Bangkok. Es oportuna la conclusión de que el modelo punitivo vigente requiere ajustes diferenciados que armonicen la potestad sancionatoria del Estado con la protección integral de la niñez, incorporando alternativas compatibles e históricamente dialécticas.

PALABRAS CLAVE:

Interés superior del menor, enfoque de género, vulnerabilidad estructural, proporcionalidad, protección integral, alternativas a la prisión, madres cabeza de hogar.

INTRODUCCIÓN.

En los últimos años el sistema penitenciario colombiano se ha expandido exponencialmente y este crecimiento ha sido abordado desde la óptica de la seguridad ciudadana, el control del delito y la eficacia del castigo. Es en medio de esta narrativa centrada en el punitivismo la que hace que, (irónicamente) emerjan realidades menos visibles, pero profundamente significativas de la injusticia de medidas que fueron planteadas precisamente para combatirla. Cuando quien es privado de la libertad es una madre cabeza de hogar, la sanción se convierte en un agujero negro que absorbe el entorno familiar y trasciende de la persona condenada, afectando a niños que no tuvieron responsabilidad en la conducta reprochada. Esta realidad genera un enfrentamiento entre dos mandatos constitucionales de igual jerarquía; la potestad sancionatoria del Estado y la obligación reforzada de protección a la niñez.

Teóricamente el constitucionalismo de 1991 con su artículo 13 no solo garantiza la igualdad ante la ley, sino que impone al Estado la adopción de medidas a favor de grupos en situación de vulnerabilidad, donde a su vez, el art 44 establece la prevalencia de los derechos de los niños, lo que convierte el principio del interés superior del menor en un criterio de interpretación obligatorio. Esta orientación se complementa con la ley 1098 de 2006 y con la convención sobre los derechos de los niños que exige que todas las decisiones que afecten a los menores se atiendan primordialmente a su interés superior.

La jurisprudencia ha reiterado su interpretación integradora con su sentencia T-705 de 2013 que precisó que el interés superior del niño constituye un parámetro vinculante en decisiones estatales que afecten su entorno familiar o en la sentencia T-388 de 2013 que dejó en evidencia las deficiencias estructurales del sistema penitenciario, subrayando que las penas no pueden desconocer estándares constitucionales mínimos. A nivel internacional, las reglas de Bangkok sugieren aplicaciones de medidas no privativas de la libertad para mujeres cabeza de hogar

(Naciones Unidas, 2010) todas estas visiones proponen un enfoque diferencial en la política penitenciaria. Pero sigue existiendo una distancia entre el diseño normativo garantista y la realidad institucional de la ejecución de la pena.

Al desvincular a la madre de su entorno, el Estado suele vulnerar, por omisión, los derechos fundamentales de los menores bajo su cargo. Son las cifras proporcionadas por organismos internacionales los que permiten dimensionar la magnitud de este fenómeno en el contexto nacional. Según informes del comité internacional de la Cruz Roja (2019), aproximadamente el 85% de las mujeres privadas de la libertad en Colombia son madres. Se convierte en un hecho aún más crítico que el 54% de ellas son madres cabeza de hogar, lo que implica que son las únicas proveedoras y cuidadoras de su núcleo familiar. Es esta realidad, la que no aparece en el ojo público, la que no es mencionada cuando se habla de políticas de endurecimiento de penas, la que deja en evidencia que la prisión no solo afecta a la mujer condenada, sino que deja a una población infantil significativa en condiciones de vulnerabilidad extrema y desprotección, niños que se quedan solos en el mundo.

Tratar la desvinculación de las madres cabeza de hogar de su núcleo familiar como un evento aislado sería un desconocimiento estructural muy grave, pues es esta un detonante de crisis socioeconómicas profundas que la política criminal y el sistema penal suelen ignorar. Según estudios conjuntos de Dejusticia y la Defensoría del pueblo (2018), la ausencia de la madre cabeza de hogar hunde a los menores en pobreza y marginación que difícilmente es superada con el tiempo. Esta precariedad no solo afecta el acceso a mínimos vitales, altera la estructura de seguridad del menor, lo fuerza a asumir un rol de adulto prematuro que no le tendría que corresponder, y lo deja exponencialmente expuesto a la violencia.

El impacto psicosocial de la separación forzosa se traduce, con una frecuencia preocupante, en una mayor propensión de los menores hacia conductas disruptivas y el ingreso temprano a redes delincuenciales. Existen diversos informes como los de la Cruz Roja (2019) que advierten que los hijos de mujeres privadas de la libertad

presentan índices superiormente más altos de deserción escolar y consumo de sustancias. Los niños desprotegidos y con ausencia de su principal figura de cuidado, terminan encontrando en grupos marginales el sustento y la pertenencia a la familia de la que tanto carecen, este veneno es una respuesta al vacío institucional de una política criminal que no mide sus repercusiones intergeneracionales.

La institucionalización de estos niños surge como una respuesta estatal que, paradójicamente, hace más profunda la herida social en vez de actuar como una cura. Estudios del Quaker United Nations Office (2012) delatan que los hijos de padres presos enfrentan estigmas y afectaciones psicoemocionales que dificultan su integración social pacífica, y el sistema penal colombiano que carece de enfoque diferenciado sólido, permite que la cárcel de la madre se convierta en el presagio del destino de sus hijos. Loïc Wacquant (2001) definía esto como la reproducción de la miseria a través del control penal, un círculo vicioso que desgasta el tejido social desde sus cimientos más jóvenes.

La interpretación de la maternidad en contextos de encierro es algo que últimamente ha estado bajo análisis, en donde el significado de esta labor se transforma bajo la vigilancia estatal. Rivera Hidalgo (2022) en su investigación muestra como la privación de la libertad desdibuja el rol de cuidadora de la madre, impactando tanto en su psique como en la de su hijo. La mujer históricamente ha tenido una carga de cuidado que recae de forma diferenciada sobre ella, y es por esta carga que la sociedad ha podido sostenerse de diversas formas por tanto tiempo, afectar un tejido social tan delicado desestabiliza sobre todo a una población vulnerable.

En el contexto colombiano la mayoría de las mujeres privadas de la libertad provienen de estratos socioeconómicos bajos y enfrentan cargos menores o relacionados a la supervivencia, son mujeres que realmente no pueden ser vistas como un peligro para la sociedad (Dejusticia, Defensoría del pueblo 2018; 2020) El

estado lejos de sancionar un hecho delictivo, profundiza la crisis social de los hogares más vulnerables.

Es por esto que, tras analizar contradicciones y vacíos normativos que dificultan la garantía efectiva de los derechos de los niños en Colombia, surge el siguiente interrogante ¿Cómo pueden disminuirse las tensiones entre la aplicación de la pena y el principio del interés superior del niño frente a madres cabeza de hogar para garantizar la protección efectiva de los derechos del niño sin renunciar a la potestad punitiva del Estado?

El primer capítulo de la presente investigación se centra en examinar las disposiciones del ordenamiento jurídico nacional e internacional que protegen a los hijos de madres privadas de la libertad. Se analiza el alcance de la Convención sobre los derechos de los niños y las reglas de Bagkok frente a la normativa interna. Este capítulo identifica los estándares de protección que el propio sistema jurídico ha reconocido formalmente, se examinan los bloques de constitucionalidad que integran los compromisos internacionales en materia de derechos de la niñez y madres privadas de la libertad, y se evalúa la coherencia interna entre mandatos, regulación penitenciaria vigente. Este análisis permite establecer el marco normativo de referencia frente al cual se enfrenta el segundo capítulo.

El segundo capítulo identifica las tensiones entre el sistema penal y la protección integral de los niños hijos de madres cabeza de hogar encarceladas, pone en contraste la lógica tradicional de ejecución uniforme de la pena y endurecimiento penal como política criminal contra la obligación constitucional de protección reforzada de la niñez y el tejido social. A partir del análisis jurisprudencial se examina como el sistema penitenciario enfrenta la necesidad de aplicar a la imposición de las penas los enfoques diferenciados. Este capítulo no se limita a señalar las tensiones, sino que analiza la estructura misma del régimen penitenciario a la luz del modelo de Estado social de derecho. Este capítulo profundiza la brecha entre

diseño normativo y práctica institucional y prepara el terreno para una reflexión propositiva orientada a la armonización del sistema.

El tercer capítulo propone alternativas de adaptación que permiten disminuir las tensiones entre la función del sistema penal y los derechos de los niños hijos de madres cabeza de hogar. A partir de estándares nacionales e internacionales previamente examinados, se analizan medidas no privativas de la libertad que sean compatibles con el ordenamiento jurídico, tomando en consideración experiencias comparadas. Se exploran vías de armonización que preservan la legitimidad del poder punitivo sin desconocer el principio del interés superior del niño.

Se fundamenta en criterios de viabilidad jurídica y coherencia constitucional, no se incluyen planteamientos abstractos o desvinculados del marco normativo existente. Es discutido si herramientas como la detención domiciliaria u otras alternativas pueden operar como mecanismos de mitigación respecto de madres cabeza de hogar, cerrando el recorrido investigativo y ofreciendo un marco de adaptación que no debilite, sino que fortalezca la coherencia del sistema jurídico.

EL MARCO NORMATIVO

El derecho colombiano afirma, con una contundencia que cautiva, que los niños ocupan un lugar privilegiado en el orden constitucional. El artículo 44 de la constitución política de Colombia no deja margen a interpretaciones diferentes, los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. Es una frase extremadamente clara y, sin embargo, su verdadera fuerza no radica en la belleza de su redacción sino en su capacidad de generar efectos en escenarios complejos, como el de la ejecución de una pena privativa de la libertad. Cuando una madre cabeza de hogar es condenada y reclusa, la sanción no termina en ella; se proyecta inevitablemente en sus hijos. Es en ese momento de necesidad, donde el mandato constitucional tiene que dejar de ser retórico y convertirse en prueba de coherencia constitucional.

La prevalencia consagrada en el artículo 44, se articula con el artículo 13, que no concibe la igualdad como una uniformidad mecánica, sino como una exigencia de diferenciación si las circunstancias así lo exigen. La niñez, siendo reconocida como algo especialmente protegido por la constitución, no puede quedar atrapada en una lógica de neutralidad formal. La historia del ordenamiento jurídico colombiano ha demostrado que tratar de forma igualitaria situaciones desiguales es, irónicamente, una forma de injusticia sistemática.

La ley de 1098 de 2006 reitera la idea de establecer el interés superior del niño como límite orientador de toda decisión que pueda afectarlo. Nunca se habla de esto como una sugerencia ética, ni como un criterio de aplicación subjetivo; es un criterio rector de interpretación. Su carácter obligatorio implica que ninguna autoridad pueda sustraerse de su consideración, incluso en ámbitos tradicionalmente toscos como el penitenciario. La protección integral de la infancia que se proclama en el código no distingue entre decisiones administrativas, judiciales o penales. Según la constitución, si una medida estatal incide en la estructura familiar del menor, entonces el principio debe operar; pero esto no necesariamente se traduce así en el momento que entra en contacto con el poder punitivo.

El análisis del marco normativo aplicable a madres cabeza de hogar condenadas no puede agotarse en la identificación de principios constitucionales generales. En el ordenamiento jurídico colombiano, existen disposiciones específicas que intentaron materializar la protección reforzada de esta población. Se destaca la ley 705 de 2002 y, más recientemente la ley 2292 del 2023. Estas leyes conforman un entramado jurídico que, en apariencia, reconoce la necesidad de adoptar medidas diferenciadas. Es cuando se da un análisis detallado que se revelan ciertas complejidades técnicas que complican su eficacia práctica.

La ley 750 de 2002 introdujo la posibilidad de sustituir la pena privativa de la libertad por prisión domiciliaria cuando la condenada sea madre cabeza de familia, siempre y cuando se cumplan con ciertas condiciones. La norma exige (entre otras cosas) que la mujer no represente peligro para la comunidad, que no haya cometido delitos violentos y que se garantice el cumplimiento de obligaciones mediante caución; sin embargo, desde una perspectiva probatoria, esta exigencia genera un escenario muy complejo en donde la defensa debe acreditar circunstancias personales, familiares y sociales que demuestren una idoneidad de la condena para cumplir la pena en su casa. En contextos de vulnerabilidad socioeconómica (precisamente el rasgo que comparten casi la totalidad de mujeres cabeza de hogar procesadas por delitos menores, según los informes de Dejusticia en conjunto con la defensoría del pueblo (2018; 2020)) la carga probatoria puede tornarse excesiva. La ausencia de documentos formales que acrediten ingresos, estabilidad laboral o redes de apoyo, dificulta demostrar ante el juez una inexistencia de riesgo social. Las capacidades probatorias muchas veces están fuera del alcance de la población destinataria.

La más reciente fue la ley 2292 del 2023, esta norma incorporó la posibilidad de sustituir la pena de prisión por la prestación de servicios de utilidad pública para mujeres cabeza de familia condenadas por delitos no violentos y cuya pena no supere los 8 años, además exige que el delito haya sido cometido en condiciones que evidencien vulnerabilidad económica, el problema principal es que esta ley trasciende cualquier tipo de objetividad y por eso está sujeta a la sensibilidad del juez y aunque la finalidad declarada es humanizar la política criminal frente a esta población, el requisito de demostrar que la conducta se originó en condiciones de marginalidad introduce un estándar probatorio no solo exigente sino revictimizante.

Corresponde al juez determinar si la situación económica de la condena fue determinante en la condición del delito que supone una valoración causal compleja y al estar en las manos del juez, es excesivamente volátil. Esta exigencia puede generar decisiones heterogéneas y en algunos casos toscas. La discrecionalidad judicial a pesar de ser inherente a la función jurisdiccional tiene una especial

relevancia cuando se trata de beneficios sustitativos que generan consecuencias graves en el tejido familiar y social y que depende de la apreciación subjetiva de factores socioeconómicos

Tanto la ley 750 de 2002 como la ley 2292 de 2023 contemplan exclusiones por tipo penal, lo que implica que madres cabeza de familia condenadas por delitos con penas superiores a 8 años, aun cuando cumplan las condiciones de vulnerabilidad y dependencia familiar, no pueden acceder a la medida sustitutiva. Si se adopta un enfoque estrictamente normativo, esta delimitación responde a criterios de política criminal; sin embargo, en términos de coherencia constitucional, se tensiona la armonización de la protección prevalente de los niños y la rigidez de ciertos umbrales punitivos.

La jurisprudencia constitucional ha abordado parcialmente estas tensiones, en su sentencia C-184 de 2003 que de claro exequible la ley 750 de 2002, resaltando la finalidad de protección familiar y de garantía de los derechos de los menores dependientes y posteriormente la sentencia T-388 de 2013, cuando declara el estado de cosas inconstitucionales en el sistema penitenciario que hizo a los tribunales reconocer deficiencias estructurales que afectan la garantía efectiva de derechos fundamentales dentro del establecimiento de reclusión; generó un precedente de que, aunque el legislador ha intentado introducir mecanismos diferenciados, su eficacia al analizarse en el contexto de un sistema penitenciario con limitaciones estructurales previamente reconocidas es demasiado deficiente.

La ley 65 de 1993 organiza la administración de establecimientos de reclusión y cumplimiento efectivo de la pena, priorizando criterios de seguridad, orden y resocialización que presuponen un sujeto individualizado (que es el condenado) y estructura decisiones en función de su situación jurídica particular. Esta forma de entenderse explica por qué la protección de terceros afectados indirectamente no aparece desarrollada como eje central del sistema. El modelo está pensado para

gestionar población carcelaria; no para evaluar caso por caso, el impacto familiar de cada condena.

En términos jurídicos, todos los vacíos que hay dentro de las normas destinadas a tratar este tema, desplazan la garantía desde la norma estructural hacia la práctica decisional. Cuando un principio constitucional no se encuentra positivado en reglas operativas claras dentro de un régimen específico, su eficacia depende de la sensibilidad de quien aplica la norma. Esta circunstancia es muy relevante teniendo en cuenta el sistema judicial colombiano en los que la carga institucional es muy alta y entonces las decisiones tienden a estandarizarse.

Por un lado, existe un conjunto de disposiciones constitucionales e internacionales que reconocen la protección reforzada de la niñez y la necesidad de considerar el impacto del encarcelamiento femenino, pero por otra parte el régimen penitenciario vigente no incorpora de manera estructural un procedimiento específico que articule de forma sistemática dicha protección en la ejecución ordinaria de la pena.

En consecuencia, este capítulo ha permitido identificar los estándares normativos que enmarcan la discusión, donde la interacción entre el interés superior del niño y el encarcelamiento de madres cabeza de hogar no está completamente definida por el legislador, lo que abre un campo de análisis sobre su eficiencia en la práctica. El siguiente capítulo se adentra en el examen de como estas disposiciones operan en la práctica institucional, básicamente analiza el territorio donde la ejecución concreta de la pena y las tensiones que generan con las exigencias de protección forzada se ponen a prueba.

TENSIONES ENTRE LO TEORICO Y LO PRAGMATICO

El tránsito del plano normativo a un escenario de aplicación concreta revela una transformación significativa en el alcance real de las medidas sustitutivas previstas para las mujeres cabeza de hogar. En el capítulo anterior se evidenció la existencia

de un marco jurídico que reconoce formalmente la necesidad de una protección diferenciada, en este capítulo se verá la forma en que dichas disposiciones operan en la práctica judicial. Lo que se busca es abandonar la lógica declarativa de la norma para examinar los factores que inciden en su ejecución efectiva, principalmente relacionados con la actividad probatoria, la discrecionalidad judicial y las limitaciones institucionales que desplaza la discusión no a si el ordenamiento jurídico permite medidas alternativas a la privación de la libertad, sino en como dichas medidas son interpretadas, aplicadas o restringidas en escenarios reales de decisión. (Corte constitucional, sentencia T-388 de 2013)

Uno de los primeros elementos que emerge de este análisis es la centralidad de la prueba en la activación de los beneficios sustitutivos. Tanto la ley 750 de 2002 como la ley 2292 de 2023 condicionan su aplicación a la acreditación de circunstancias específicas como la inexistencia del peligro para la comunidad, la relación entre la conducta y sus condiciones de vulnerabilidad socioeconómica (Congreso de la república, 2002; Congreso de la República, 2023). Estos requisitos se convierten en una sospecha de cierta carga simbólica que resulta un tanto revictimizante, estas exigencias operan dentro de un sistema procesal que distribuye cargas probatorias y establece estándares de valoración y moralidad no solo demasiado subjetivas sino también muy violentas. En la práctica estos requisitos implican que la defensa debe construir un relato probatorio lo suficientemente robusto para persuadir al juez, lo cual termina siendo inviable en contextos de precariedad documental, limitaciones a acceso de recursos técnicos, abogados competentes que estén realmente dispuestos a realizar una investigación exhaustiva y finalmente el juez no tiene ningún régimen objetivo que le explique cómo fallar, él por su carácter subjetivo puede considerar que no aplica y ya (Ariza & Iturralde, 2015).

Esta dificultad se intensifica cuando se examina el estándar implícito de prueba exigido por los operadores judiciales, porque, aunque la normativa no establece expresamente un nivel probatorio elevado, la necesidad de demostrar condiciones como la marginalidad o la dependencia económica del núcleo familiar conduce en

la práctica, a exigencias cercanas a un estándar de certeza reforzada. La corte constitucional ha expresado varias veces que las decisiones judiciales deben fundamentarse en una valoración razonable de la prueba (Corte constitucional, sentencia C-184 de 2003) pero a pesar de eso, en la práctica sobre todo de las medidas sustitutivas, la ausencia de criterios uniformes genera variaciones significativas en la forma en que los jueces interpretan la suficiencia probatoria. La viabilidad de acceder a la medida depende de la capacidad de documentar formalmente condiciones que por su naturaleza suelen desarrollarse en la informalidad. Además, pese a poseer la documentación el juez aún puede decir que no justifica la conducta ilegal cometida.

A todo esto, se suma otro punto importante, estructuralmente el concepto de “peligro para la comunidad” es un poco ambiguo en un entorno de marginalidad donde la delincuencia se presenta como la forma más asequible de vivir con dignidad, la discrecionalidad judicial respecto a la evaluación de “peligro para la comunidad” normalmente se corrompe por prejuicios, privilegios y desconocimientos culturales y sociales importantes. Este criterio presente en la ley 750 de 2002 (art. 1) carece de una definición normativa precisa, obligando a los jueces a realizar una valoración prospectiva sobre el comportamiento futuro de la madre cabeza de hogar enjuiciada. La corte constitucional ha reconocido que la discrecionalidad no puede convertirse en arbitrariedad (Corte constitucional, sentencia T-388 de 2013) aunque la amplitud del concepto permite decisiones restrictivas que limitan la aplicación de la medida sustitutiva incluso en casos donde existen cargas familiares que pondrían en riesgo el tejido social.

Un tercer aspecto relevante que se relaciona con la tensión entre política criminal y enfoque diferencial son las restricciones establecidas por el legislador, como la exclusión de determinados delitos o el límite de pena en la ley 2292 de 2023, porque aunque buscan responder a criterios de control punitivo que preserven la función disuasoria del derecho penal, cuando estas restricciones se aplican de manera rígida, entran en tensión con el mandato de protección reforzada de la niñez

consagrada en el art 44 de la constitución política (Constitución política de Colombia, 1991). El hecho de que la corte haya señalado que los derechos de los niños son prevalentes (Corte constitucional, sentencia T-510 de 2003) no se traduce directamente en la flexibilización de los criterios penales, sobre todo en un sistema que aún no está listo para adaptarse. Por eso se genera una fricción entre dos racionalidades normativas.

Prueba de esto son los problemas de hacinamiento de los que el sistema carcelario es víctima, (Corte constitucional, sentencia T-388 de 2013) en los cuales se evidencia la forma en la que los jueces perciben la ejecución de la pena. Es algo paradójico que pese a este diagnóstico que justificaría una mayor utilización de medidas sustitutivas, en algunos casos refuerza una lógica de mayor cautela judicial, donde se sigue priorizando la aplicación estricta de la pena privativa de la libertad, esto se podría deber a la ausencia de mecanismos eficaces de seguimiento para alternativas como la prisión domiciliaria o el servicio comunitario, es por esto que la tensión y fricción entre el principio de protección reforzada a la niñez y la política criminal, termina siendo estructural y sumamente complicada.

En escenarios como la aplicación de medidas sustitutivas que exigen una justificación reforzada y un análisis individualizado muy complejo (Ministerio de justicia y del derecho, 2022) los jueces la perciben como una decisión muy riesgosa y mucho menos viable que una pena privativa de la libertad, cuya legitimidad ya está previamente consolidada. Esto debido a su alta carga laboral que funciona bajo la presión constante de garantizar seguridad jurídica donde tienden a elegir criterios estandarizados que reduzcan la incertidumbre en la toma de decisiones (Uprmy & Guzmán, 2010). Las medidas sustitutivas dejan de ser vistas como reglas excepcionalmente aplicables y se convierten en excepciones raramente concedidas.

La ley 2292 de 2023 por ejemplo, introduce la posibilidad de sustituir la pena por servicios de utilidad pública bajo ciertas condiciones (Congreso de la república,

2023), sin embargo, informes recientes de seguimiento demuestran lo contrario, su implementación es torpe y poco común por los obstáculos que enfrenta en relación con la falta de infraestructura institucional para ejecutar dichas medidas (Defensoría del pueblo, 2024). Pensar que basta con que el juez conceda la sustitución es desconocer el sistema y su estructura, el Estado debe contar con mecanismos para supervisarla, lo que implica coordinación interinstitucional, recursos administrativos, capacidad de seguimiento, etc. En ausencia de estas condiciones a grande escala, la medida pierde mucha viabilidad práctica.

Ese punto es especialmente interesante porque comprueba que la relación entre diseño normativo e implementación institucional no siempre concuerda. Desde la perspectiva de la política pública, una norma que no considera las capacidades reales del aparato estatal, esta condenada a convertirse en un adorno simbólico. La literatura ha denominado a este fenómeno como “brecha de implementación”, en la cual las disposiciones legales superan las capacidades operativas del sistema encargado de ejecutarlas (Rodríguez Garavito, 2009). A pesar de esto, reducir el problema a una falla institucional es incompleto y un completo acto de ignorancia, hay una tensión aún más profunda relacionada con la forma en que el derecho penal concibe la responsabilidad individual.

El sistema penal está diseñado para atribuir responsabilidades a sujetos concretos por conductas específicas, no para evaluar contextos estructurales de desigualdad y ejercer juicios empáticos. Siguiendo este molde, introducir conceptos y variables como la maternidad, la dependencia económica, la vulnerabilidad social, la marginación y la delincuencia como salida a la precariedad, implicaría reescribir toda la lógica penal y desplazar el análisis desde el acto hacia la persona; algo tan radical por lógica genera resistencia dentro de una tradición jurídica que privilegia la objetividad del tipo penal. Esta problemática no es exclusiva de Colombia, pero adquiere una alta relevancia en sistemas con mucha desigualdad social. (Ariza & Iturralde, 2015).

El análisis desarrollado en este capítulo permite sostener, con la mayor rigurosidad posible, que la eficacia de las medidas sustitutivas dirigidas a madres cabeza de hogar no se encuentran determinadas únicamente por su determinación y existencia legal, sino por un conjunto de condiciones estructurales que perjudican su aplicación real. Así lo que se vende como una respuesta progresiva y moderna de la política criminal termina siendo pragmáticamente mediocre e inviable, esta constatación no implica la inexistencia de la protección, sino que evidencia que su efectividad depende de factores que superan el texto legal y se insertan en la lógica misma del sistema penal; de esta forma se cambia el objeto de discusión de existe-no existe a un escenario donde está fricción se expresa en su forma más viva, que es en la experiencia judicial y penitenciaria.

A partir de esta base, el siguiente capítulo abordará de manera específica como no agotar el análisis sino proyectarlo hacia una fase necesariamente propositiva. Si las herramientas existentes son insuficientes y presentan dificultades en su aplicación, entonces se hace imprescindible explorar mecanismos alternativos que permitan reducir las tensiones identificadas, y formular medidas de adaptación jurídica e institucional que busquen fortalecer la efectividad de la protección diferenciada y mejore la coherencia entre los principios constitucionales, su aplicación en el ámbito penal y el tejido social. Es necesario realizar un modelo comparativo en relación con otros países que estén evolucionados en el tema y ver que se puede replicar en Colombia para dirigirla a un sistema penal más humano, más justo y más desarrollado.

PROPUESTAS JURIDICO-PENALES DE ADAPTACIÓN PARA DISMINUIR LA TENSIÓN

Los capítulos anteriores mostraron el problema y las fracturas presentes, este capítulo asume una tarea distinta la cual es proponer salidas sin negar la función legítima del derecho penal ni romantizar conductas ilícitas, buscando interrogar si la

respuesta estatal debe adoptar necesariamente la forma de una cárcel. Hay que retomar la idea de que cuando la persona condenada es madre cabeza de hogar, la prisión tradicional no castiga únicamente a la autora del hecho, sino que irradia consecuencias sobre sus hijos, sobre su red familiar precaria y sobre una comunidad ya golpeada por la desigualdad. La pregunta central deja de ser si el estado debe sancionar, sino como sancionar sin destruir aquello que la constitución también ordena proteger, como el principio de interés superior del niño y el tejido social (Constitución Política de Colombia, 1992, arts. 42 y 44). Para ello se utilizará un análisis comparado que permita evaluar formulas diseñadas por otros países precisamente con el fin de solucionar esta problemática.

Uno de los referentes más consistentes proviene de las Reglas de Bangkok, que se adoptó en la Asamblea General de las Naciones Unidas en el 2010, este instrumento reconoce que las mujeres privadas de la libertad presentan necesidades diferenciadas y que el Estado debería de privilegiar medidas no privativas de la libertad cuando sea posible, especialmente cuando existen responsabilidades de cuidado sobre niños dependientes (United Nations, 2011). Reducir estas reglas a algo meramente humanitario sería desconocer los beneficios prácticos que puedan llegar a ofrecer e ignorar por completo la realidad material, al funcionar bajo una lógica preventiva que, fuera de generar impunidad, lo que hacen es evitar que la pena estatal produzca daños colaterales mayores a aquellos que se pretenden corregir (y así resguardar el tejido social) se logra llevar la política criminal a otro nivel, un nivel que comprende perfectamente que sancionar no equivale a devastar.

La experiencia comparada deja una idea que no puede ser ignorada por el sistema penal Colombiano, sobre todo considerando su contexto histórico; un sistema que distinga alta peligrosidad de criminalidad asociada a la exclusión y el abandono estatal no pierde autoridad, pero si gana racionalidad y humanidad. El valor del método comparado no es enumerar países que poseen leyes de métodos alternativos a la cárcel en madres cabeza de hogar, sino en identificar jurisdicciones donde las medidas alternativas a la prisión funcionan empíricamente. Colombia no

carece por completo de herramientas jurídicas porque existe la prisión domiciliaria, la vigilancia electrónica, los subrogados penales y las fórmulas sustitutivas, porque el problema no es una inexistencia normativa, sino la baja capacidad de ejecución, la excesiva judicialización probatoria y la ausencia de una política criminal coherente de seguimiento.

Es por esto que el análisis útil no consiste en ver que otras leyes hay en otros países porque si ese fuera el caso, entonces Argentina o Chile serian grandes referentes y eso pragmáticamente no es así, lo que se busca es analizar quien tiene los mejores resultados con modelos menos encarceladores y el por qué. Bajo este criterio, es la experiencia noruega la que ofrece una lección, uno de los estudios más citados sobre alternativas reales al encarcelamiento en noruega es el de Anderson y Telle (Anderson & Telle, 2020), quienes analizaron el reemplazo de prisión tradicional por un monitoreo electrónico. Utilizando implementación gradual del programa como diseño cuasi experimental, donde se concluyo que esta modalidad redujo la reincidencia aproximadamente en un 15%, además de disminuir la frecuencia delictiva. A esto se le llama una ingeniería social efectiva, donde quienes evitaron prisión mantuvieron vínculos laborales y menor exposición al estigma penitenciario.

En Colombia donde muchas madres cabeza de hogar condenadas por delitos no violentos salen de prisión con menos empleabilidad que antes, se ven obligadas a la reincidencia de delitos como forma de supervivencia debido a la destrucción de una posibilidad lícita de subsistencia, es el sistema el que siembra la criminalidad y la reincidencia con sus propias manos (Caicedo Trujillo, 2014). Este país enfrenta una debilidad empírica significativa porque no existe una estadística publica consolidada que identifique de manera autónoma la reincidencia de madres cabeza de hogar luego del cumplimiento de la pena, lo que quiere decir que el Estado regula beneficios penales sin evaluar rigurosamente sus resultados, lo que debilita el diseño de una política criminal basada en evidencia.

Colombia ni siquiera mide correctamente la reincidencia de las mujeres cuidadoras que sanciona, por lo tanto, no puede crear medidas prácticas para la solución de problemas que ni siquiera tiene registro de que existen. Frente a esta problemática Colombiana, es infalible mencionar el caso de EE. UU con su programa Better Start, donde se siguió de forma longitudinal a 224 madres saliendo de prisión, lo que se encontró fue que las participantes del programa presentaron menos reincidencia posterior frente a un grupo que no tuvo intervención ni ayuda, además de mejoras en conducta parental y menor comportamiento disruptivo en hijos. Esto muestra que un Estado que fortalece el rol materno y da un apoyo familiar, reduce la reincidencia del crimen en mujeres (Gobena, Stewart & Crank, 2024, p. 118).

Retomando a Noruega, la pena comunitaria no es vista como un premio o como una forma de impunidad sino como un cumplimiento exigente de libertad controlada. Existen datos oficiales del organismo estadístico noruego donde explican que la sentencia comunitaria fue precisamente para evitar que infractores de menor peligrosidad pierdan contacto con el mercado laboral y con la sociedad, integrando además programas correctivos orientados a reducir la reincidencia (Statics Norway, 2015). En Colombia donde las medidas alternativas se perciben como excepción tolerada, allá operan como instrumento principal de prevención secundaria. Hay un atraso conceptual en Colombia donde se sigue pensando en la cárcel como centro del sistema y lo alternativo como una periferia residual.

¿Por qué Colombia se queda atrás aun teniendo normas tan parecidas? La respuesta en base a esta investigación se basa en 4 déficits acumulados. El primero es la selección deficiente de los casos, se aplican medidas alternativas sin sistemas técnicos específicos o robustos de clasificación de riesgos; lo segundo es que hay un seguimiento institucional precario donde los monitoreos son escasos, las cargas administrativas muy altas y donde la coordinación entre jueces, el INPEC, entes territoriales y servicios sociales parece ser casi inexistente; lo tercero es que hay una cultura punitiva muy arraigada y simbólica donde se privilegia la imagen de severidad sobre la eficacia preventiva; finalmente el cuarto, la desconexión entre

pena y política social, donde la sanción no se articula con humanidad, con empleo, con salud mental, cuidado infantil o formación. Colombia castiga en solitario y corrige en una soledad institucional que hoy encierra, mañana empobrece más.

En materia penal, toda propuesta sería debe de superar una prueba elemental, y es que no basta con ser justos, sino que debe de existir una viabilidad. En el caso Colombiano, cualquier rediseño de medidas alternativas enfrenta un problema recurrente y es la escasez de recursos públicos. Un argumento muy contundente, pues si el Estado no logra financiar adecuadamente cárceles, jueces, defensores públicos, o programas sociales básicos ¿cómo podría sostener un sistema sofisticado de supervisión comunitaria? Sin embargo, en esta investigación se defiende la tesis de que esta pregunta está formulada de forma incompleta, pues compara el costo visible de innovar con el costo invisible de perseverar en lo mismo. No se trata de gastar o no gastar, sino en invertir racionalmente ahora o seguir pagando más después.

En Colombia el modelo penitenciario no solo es costoso, sino crecientemente ineficiente. El propio INPEC reportó para la vigencia del año 2020 que el costo promedio anual por persona privada de la libertad ascendía a \$22.030.898, lo que equivale a \$1.835.909 mensuales (INPEC, 2020, P.118) Donde en los años posteriores se reflejan además presupuestos superiores a los 3 billones de pesos anuales para el sostenimiento del sistema penitenciario nacional, entre funcionamientos e inversiones (INPEC, 2024). El Estado ya financia una estructura costosa cuyo rendimiento resocializador ha sido ampliamente cuestionado por el hacinamiento persistente y la reincidencia penal.

La literatura comparada muestra unos datos fantásticos, las sanciones comunitarias suelen operar a menor costo que la prisión cerrada. En el reino unido, información oficial presentada ante la cámara de los comunes comparó costos unitarios anuales y encontró que una plaza penitenciaria costaba 24.180 euros, mientras que una sanción penal no privativa de la libertad (community service order) costaba 1.700

euros y la libertad condicional (probation order) costaba unos 2.280 euros (House of commons, 1998), ciertas medidas comunitarias representan aproximadamente el 7-9% del costo de prisión. Más recientemente, la cámara de los lores reitero que incluso ordenes comunitarias intensivas siguen siendo generalmente menos costosas que las penas cortas de prisión, señalando que la custodia promediaba entre los 4.000 euros mensuales (House of lords, 2024).

Siguiendo el hilo de costos, el Centre For Mental Health del reino unido estimó que una estadía típica de seis semanas en prisión costaba alrededor de 5.000 euros, mientras que el servicio comunitario como una alternativa a la cárcel de un año con supervisión y tratamiento por drogas costaba 1.400 euros. Incluso una orden intensiva de dos años con contacto frecuente y programas anti delitos costaba 4.200 euros, menos de seis semanas de cárcel (Centre for Mental Health, 2011). Es la evidencia la encargada de demostrar que por más exigente que resulte una medida larga de alternativas a la pena privativa de la libertad, sigue siendo muchísimo menos costosa que un encarcelamiento breve.

Con base a estos antecedentes, es posible construir algunos escenarios para Colombia utilizando el costo oficial anual reportado por el INPEC, supóngase que se tienen 5.000 madres cabeza de hogar condenadas por delitos no violentos, que ingresan progresivamente a un régimen alternativo supervisado. Si permanecieran en prisión, el costo anual aproximado seria de unos \$110.154.490.000, teniendo en mente esta cifra, se construirán 3 casos hipotéticos.

Si el sistema alternativo Colombiano costara el 70% del modelo penitenciario tradicional, es decir \$15.421.629 por año, el gasto total seria cercano a los 77 millones que generaría un ahorro anual de aproximadamente 34 millones al año. Esto suponiendo una estructura robusta de monitoreo, visitas recurrentes y un apoyo institucional amplio. El otro caso es un sistema alternativo penitenciario que consistiera en la libertad condicional, la vigilancia electrónica y el trabajo comunitario; que, en base a la literatura académica comparada al respecto, se

podría decir que equivaldría al 50% del costo del régimen carcelario, el gasto total sería de 55 millones, con un ahorro anual estimado de 55 millones. El último sistema alternativo que se podría plantear en Colombia sería uno donde la comunidad asuma parte de la reintegración mediante redes locales y donde la infraestructura penitenciaria dejara de absorber la mayor carga presupuestal, que en base al derecho comparado equivaldría más o menos al 30% del costo penitenciario, donde el gasto total sería de 33 millones y el ahorro anual de 77 millones.

Estas cifras no constituyen estimaciones oficiales cerradas sino simulaciones fiscales razonables basadas en el costo real del sistema colombiano y en tendencias internacionales documentadas, su valor metodológico se basa en demostrar que la objeción económica no es concluyente y que, con más investigación en el tema, podrían generarse alternativas completamente viables con datos oficiales que aparte permitan un ahorro significativo.

Sería un error desconocer los costos evitados, pues cuando una madre cabeza de familia ingresa a prisión, suelen incrementarse los riesgos de deserción escolar infantil, la delincuencia temprana, la pérdida de los ingresos del hogar, la dependencia al asistencialismo social y la reproducción intergeneracional de la pobreza ((Defensoría del pueblo, 2024). Aunque estos impactos no siempre figuran en el presupuesto penitenciario, terminan trasladándose a otros sectores estatales que afectan profundamente el desarrollo económico y social del país.

Colombia enfrenta una asignación inercial de recursos hacia un modelo caro que sostiene cupos penitenciarios para madres cabeza de hogar con baja peligrosidad mientras se posterga la inversión en un modelo inteligente que valga menos y de mayores resultados. La austeridad no consiste en negar alternativas, sino en abandonar gastos ineficientes, es un deber social buscar el desarrollo del país y cosechar cada día la humanidad y la empatía.

REFERENCIAS

- Andersen, S. N., & Telle, K. (2020). *Better out than in? The effect on recidivism of replacing incarceration with electronic monitoring in Norway*. *European Journal of Criminology*, 17(6), 805–824.
- Centre for Mental Health. (2011). *Liaison and diversion: The economic case*. Londres.
- Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional (Vol. IV): Naciones Unidas Derechos Humanos. (2003). Bogotá.
- Congreso de la República de Colombia. (2002). *Ley 705 de 2002*.
- Congreso de la República. (2023). *Ley 2292 de 2023*.
- Convención sobre los Derechos del Niño. (1989).
- Defensoría del Pueblo. (2024). *Informe sobre mujeres privadas de la libertad y barreras de acceso a derechos (p. 41)*. Bogotá.
- Ferrajoli, L. (2001). *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Trotta.
- Giraldo-Viana. (s. f.). *Cárceles para mujeres: La necesidad de implementar el enfoque de género en el proceso de superación del estado de cosas inconstitucional en materia penitenciaria y carcelaria en Colombia*.
- Gobena, E. G., Stewart, L. M., & Crank, B. R. (2024). *Better Start: A longitudinal evaluation of a reentry program for mothers released from prison*. *Journal of Offender Rehabilitation*, 63(2), 101–126.
- Guerrero, S. M., Corredor, L. F., Delgado, H. V., González, A. M., & Restrepo, L. M. (2010). *La detención domiciliaria para las madres reclusas en Colombia en garantía del principio de interés superior del niño*. *Cuadernos de Derecho Penal*, 3, 37–82.
- House of Commons. (1998). *Home Affairs Third Report: Relative costs of custodial and non-custodial sentences*. Londres.
- House of Lords. (2024). *Cutting crime: Better community sentences*. Justice and Home Affairs Committee.
- Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC. (2020). *Informe estadístico junio 2020*. Bogotá.

Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes. (2010).

Rivera Hidalgo, D. (2022). Significados de la maternidad en mujeres privadas de la libertad: Revisión bibliográfica 2010-2020. Universidad de Antioquia.

Roxin, C. (1997). Política criminal y sistema del Derecho Penal. Grijley.

Smart, C. (1995). Feminism and the power of law. Routledge.

Statistics Norway. (2015). Execution of sentences through community sanctions in Norway [Strafegjennomføring med samfunnsstraff i Norge]. Statistics Norway (SSB).

<https://www.ssb.no/en/sosiale-forhold-og-kriminalitet/artikler-og-publikasjoner/straffegjennomforing-med-samfunnsstraff-i-norge>

Wacquant, L. (2001). Las cárceles de la miseria. Manantial.

Zaffaroni, E. R., & Pierangeli, J. (2000). Manual de Derecho Penal. Ediar.