El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**TEMAS: TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES / PRISIÓN DOMICILIARIA / MADRE CABEZA DE FAMILIA / REQUISITOS / SER LA ÚNICA PERSONA DEL GRUPO FAMILIAR QUE PUEDE ENCARGARSE DE LOS HIJOS.**

Para resolver el problema jurídico es necesario precisar que la prisión domiciliaria se encuentra prevista como sustituta de la prisión intramural en los eventos en que concurre en el procesado la condición de cabeza de familia, con énfasis en las circunstancias en las que opera esta última.

En sentencia de casación dentro del radicado 46277, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia consideró que:

“… bajo el entendido que los artículos 314, numeral 5, y 461 de la Ley 906 de 2004 no derogaron los requisitos establecidos en el artículo 1 de la Ley 750 de 2002 en lo atinente a la figura de la prisión domiciliaria para la persona cabeza de familia, la Sala ha venido sosteniendo de manera pacífica que para su otorgamiento se requiere de la satisfacción concurrente de todas las condiciones previstas en esta norma, a saber: i) que el condenado, hombre o mujer, tenga la condición de padre o madre cabeza de familia; ii) que su desempeño personal, laboral, familiar y social permita inferir que no pondrá en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo; iii) que la condena no haya sido proferida por alguno de los delitos allí referidos y; iv) que la persona no tenga antecedentes penales.” (…)

… la condición de cabeza de familia tiene fundamento en el mandato constitucional del artículo 43 según el cual “el Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia”, así, por medio de la Ley 82 de 1993 se expidieron normas para apoyar de manera especial a la Mujer Cabeza de Familia y en el artículo 2º consagró como aquella, la que “siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.” (…)

En el caso concreto, no se discute que la señora LMCG posiblemente ostente la dirección del hogar o que su presencia pudiera garantizar mejores condiciones de vida a sus descendientes, en el entendido que se acreditó con registros civiles de nacimiento que la procesada es madre de AVAC de 9 años, ECAC de 11 años y CDAC de 13 años de edad (fls. 40 a42). Sin embargo, debe reiterarse que conforme ha sido expuesto en precedencia, la normativa que pretende aplicarse consagra dicho derecho para aquella persona que ostenta la condición de ser la única que pueda encargarse de la protección, manutención y cuidado de los menores; lo cual no resultó probado en este caso, por cuanto la penada cuenta con el apoyo familiar según el arraigo aportado por la FGN…

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**PEREIRA - RISARALDA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Proyecto aprobado mediante acta 592 del veintisiete (27) de junio de dos mil diecinueve (2019)

Pereira, dos (2) de julio de dos mil diecinueve (2019)

Hora: 8:19 a.m.

|  |  |
| --- | --- |
| Radicación | 66001 60 00 000 2018 00122 01 |
| Procesado  | LMCG |
| Delitos | Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes  |
| Juzgado de conocimiento  | Primero Penal del Circuito Especializado de Pereira |
| Asunto  | Recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia del 20 de febrero de 2019 |

1. **ASUNTO A DECIDIR**

Se procede a decidir lo concerniente al recurso de apelación interpuesto por la defensora de la penada LMCG contra la sentencia del 20 de febrero de 2019 proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Pereira (Risaralda), donde se le condenó a la pena principal de 4 años y 6 meses de prisión, como responsable de la conducta de concierto para delinquir agravado con fines de tráfico de estupefacientes en concurso heterogéneo con el punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, bajo la inflexión verbal “vender” (artículos 340 inc 2º y 376 inc 2º C.P.)

1. **ANTECEDENTES**
	1. Según el escrito de acusación[[1]](#footnote-1) el supuesto fáctico es el siguiente:

*“Con ocasión de múltiples quejas presentadas por parte de los ciudadanos residentes en los sectores de Caimalito, y del Municipio de la Virginia, en los sectores del Jarillón de San Antonio, las cuerdas; del 20 de Julio y de sitios aledaños al puente rojo o puente Bernardo Arango, se ha tenido conocimiento de la existencia de una organización en la zona, que se dedican al tráfico de sustancia estupefaciente, aprovechando la vulnerabilidad de la zona, y pese a dos judicializaciones efectuadas en el mes de Marzo de 2016 y en Diciembre de 2017, al efectuar labores de verificación, se evidenció que la actividad del micro trafico continuó en la zona, por lo que se emitieron órdenes para esclarecer los hechos, fue así como se efectuaron labores de verificación, se entrevistaron a agentes de la policía de la zona, quienes de manera clara, enfática y concordante manifestaron conocer la existencia de una organización dedicada al tráfico de estupefacientes, conocido como narco menudeo, de marihuana y de bazuco, se allegaron las copias del libro de población de la policía donde da cuenta de las identificaciones de algunos de los expendedores, y de la existencia en su poder de poca sustancia, estrategia que utilizan para evitar la judicialización, así como esconder la sustancia a expender en tubos, alcantarillas, ladrillos, para recogerla en el momento en que es requerida por los consumidores y reciben el precio por ellas. Efectuando esta actividad desde las 8 de la mañana hasta altas horas de la noche y en otros sectores durante las 24 horas; fue así como se recaudaron entrevistas de personas consumidoras, que fueron parte de la organización, uno de ellos, que falleció en forma violenta en Marzo de este Año; estas personas, conocedoras de la actividad de la zona, dieron alias de las personas que realizan dicha actividad, e incluso el número telefónico de uno de ellos, con quien, previa interceptación, se logró establecer de acuerdo al lenguaje cifrado, sobre la actividad de expendio de sustancia estupefaciente, donde incluso mencionaban judicializaciones efectuadas, en razón a la intención de ingresar sustancia estupefaciente, al Remanso, lugar donde se encuentran recluidos miembros de la organización conocida como expansión que fue objeto de judicialización el pasado Diciembre; y que dio con la aprehensión de los señores JORGE MARIO CASALLAS ARISMENDY el día 080218, a quien se le incauto 1 gramo de heroína, 12 gramos de marihuana y 1.9 gramos de cocaína, camuflada en el interior de paquetes de comida, como lo menciona la interceptación.; en igual sentido se materializo la aprehensión de la señora SANDRA JHOANAN GRAJALES, quien pretendía llevarle a su esposo Jhon Jairo Tabora Álzate, de expansión, sustancia estupefaciente un total de 25 gramos de marihuana. Asuntos que son objeto de investigación por parte de una Fiscalía de Salud pública. Todo lo anterior en razón a la interceptación, del número 3218937290, 3103676944, 3145342385, 3218937290 Orden 300418, Control la cual se efectuó mediante orden de fiscalía de fecha 24 0118, el 260128 , 270218, 300418 que fue objeto de control de la judicatura. Y que correspondía al señor CRISTIAN DAVID OSORIO GONZALES, alias “Petaco", quien de acuerdo a la interceptación, y a 26 conversaciones es la persona encargada de conseguir, transportar, ocultar la sustancia a comercializar.*

*Con la información recopilada, la seccional de Investigación Criminal SIJIN UBIC la Virginia La información allegada por el analista en las interceptaciones CRISTIAN NIAMPIRA TORRES, en cuyas interceptaciones se utilizaba lenguaje cifrado, y actividades ajenas a los interlocutores, donde se mencionaban materializaciones que fueron objeto de judicialización, una vez verificada mediante la inspección a procesos; procede a realizar las respectivas labores de verificación encontrando dentro de las mismas, que existen personas que se dedican a la venta de estupefaciente en especial (perico o cocaína bazuco y marihuana crypa), también se evidencia que en el campo de acción que hay personas que brindan información a los expendedores para evitar ser judicializados (campaneros) que ocultan la sustancia estupefaciente en lugares de poca accesibilidad de la autoridad, entre ellos, casas cercanas, escombros, zonas verdes de fincas limítrofes, antejardines entre otros; así mismo se evidencia que estas personas solo portan cantidades mínimas para ser judicializado o representar de alguna u otra forma su “adicción”.*

*Se allegaron entrevistas de personas consumidoras (Jhon Jaiber Molina (f), Fabio Alejandro López Arango) y que conocieron el interior de la organización, como, de igual manera se entrevistaron tres agentes de policía de la zona (Rodrigo Payáneme Gómez, Niver Duran Pérez Dorado y James Alexander Lozano Jiménez, y copias del libro de población), conocedores de los hechos y quienes en razón a sus funciones, dieron con la identificación de varias de las personas que conforman la organización.*

*Teniendo en cuenta las actividades previas realizadas con el fin de determinar el modus operandi en la ejecución de diversas conductas punibles, determinar la estructura delincuencial, y establecer la identidad de los integrantes y/o partícipes de la organización, a fin de corroborar la información allegada; se iniciaron las labores de investigación con apoyo de la policía judicial, que permitieron verificar la existencia de un grupo de personas dedicadas a actividades de tráfico de estupefaciente.*

*En el transcurso de la vigilancia y seguimiento se logró evidenciar que las personas que se dedican a la comercialización de las sustancias estupefacientes nos permitió descubrir centros de acopio donde al parecer estas personas se aprovisionan de sustancias ilícitas, también se establece que la mayor parte de su venta la realizan en el sector conocido como el Jarillón del barrio san Antonio vía que conduce a la motobomba, las cuerdas del puente Bernardo Arango o puente rojo y callejón del barrio 20 de julio del corregimiento de caimalito Pereira; que los principales expendedores en estos sectores son conocidos con los alias de “ la mema, Hitler, meme cuerdas, chinga, pepe, cuellar, hector, santa, besitos, dieguito, la muerte, julio, zombi, pinki, zarco, porki, payaso, pimienta, mono, petaco, Jorge y Sandra”.*

*Es de anotar que algunos de los mencionados también cumplen funciones de abastecedores, pasantes o campaneros. La sustancia estupefaciente que comercializan y su presentación es: Bazuco: bolsas plásticas trasparentes con cierre hermético, contienen una sustancia pulverulenta con gránulos color beige con olor fuerte, se adquiere por lo general en el expendio ubicado en el Jarillón de san Antonio vía que conduce al tubo de la motobomba.*

*Perico o cocaína: bolsas plásticas trasparentes con cierre hermético, contienen una sustancia pulverulenta color blanco con olor fuerte. Se adquiere por lo general en los expendios ubicados en las cuerdas del puente Bernardo Arango barrio san Antonio barrio san Antonio la Virginia y callejón del barrio 20 de julio caimalito Pereira. Marihuana hidropónica o crypa: bolsas plásticas trasparentes con cierre hermético, contienen una sustancia vegetal color verde con apariencia de puntos o moños. Se adquiere por lo general en los expendios ubicados en las cuerdas del puente Bernardo Arango barrio san Antonio barrio san Antonio la Virginia y callejón del barrio 20 de julio caimalito Pereira. Se pudo constatar que estas personas operan a nivel local, utilizando fachadas como casas de familia, zonas verdes, ventanas alcantarillados, escombros, tubos de desagüe por lo general los expendedores en el sector conocido como el tubo de san Antonio son habitantes de calle a diferencia de los expendedores del sector del puente Bernardo Arango y callejón del barrio san Antonio, se evidencia por demás que a los expendedores les recogen el dinero constantemente. (…)”*

2.2 La audiencia preliminar de formulación de imputación se llevó a cabo ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Pereira durante los días 18 al 23 de julio de 2018. En dicho acto la FGN le comunicó cargos a la señora LMCG por el delito de concierto para delinquir agravado previsto en el artículo 340 inciso 2º del CP., en concurso heterogéneo con el ilícito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes que se encuentra en el artículo 376 inciso 2º, bajo la inflexión verbal “vender”. La señora LMCG no aceptó los cargos (fls. 28 a 31).

2.3 El Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Pereira asumió el conocimiento de la presente causa. La audiencia de acusación se instaló el 5 de febrero de 2019 y en la misma la delegada de la FGN anunció que entre el ente investigador y la procesada LMCG, entre otros procesados, habían conciliado un preacuerdo consistente en la aceptación de cargos y la degradación de la participación de coautores a cómplices con una pena pactada de 96 meses de prisión por el delito de concierto para delinquir agravado y 12 meses por el punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, que se reducen a la mitad por el grado de participación para un total de pena a imponer de 54 meses de prisión (fls. 35 y 36).

2.4 La sentencia fue proferida el 20 de febrero de 2019 (fls. 78 a 86). En dicho proveído la juez de primera instancia declaró la responsabilidad penal de la acusada en acatamiento a lo pactado por las partes; ii) impuso una condena de 4 años y 6 meses de prisión y una multa de 1351 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2018; iii) negó el subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y el sustituto de prisión domiciliaria; y, iv) dispuso que el cumplimiento de la pena fuese en el centro penitenciario que para el efecto designe la Dirección del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.

1. **IDENTIFICACIÓN DE LA PROCESADA**

Se trata de LMCG, identificada con cédula de ciudadanía número 1.087.554.284 expedida en La Virginia (Risaralda), nació el 22 de nayo de 1991 en Montenegro (Quindío), hija de Blanca y Gustavo, grado de instrucción bachiller, ocupación oficios varios (fls. 16-17carpeta Nº 12 EMP de FGN).

1. **SOBRE EL FALLO RECURRIDO**

En atención al principio de limitación de la segunda instancia “tantum devolutum quantum apellatum”, se menciona solamente la parte específica de la sentencia que fue objeto de impugnación, que tiene que ver con la negativa respecto del sustituto de la prisión domiciliaria, así:

*“De la prisión domiciliaria como padre/madre cabeza de familia.*

*En punto a la solicitud que de manera específica se formuló en torno al sustituto de la prisión domiciliaria bajo la premisa jurídica de madre cabeza de familia, invocada a favor de LMCG, se considera lo siguiente:*

*Si bien el competente para resolver sobre la prisión domiciliaria en aplicación de la Ley 750 de 2002, es el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, bajo el principio de favorabilidad y en virtud al trato preferente que se pregona del derecho a la libertad, cuya restricción debe ser necesaria, proporcionada y razonable, el juez tallador puede pronunciarse de fondo sobre la viabilidad de conceder tal sustitución cuando la persona penalmente responsable es padre o madre cabeza de familia.*

*No obstante, muy a pesar de las alegaciones de la respetada togada de la defensa, ello no tiene aplicación respecto de la mencionada procesada porque, contrario lo sostiene su defensa, no detenta la calidad de madre cabeza de familia, en los términos establecidos por la ley. Veamos las razones que respaldan esta conclusión.*

*Según lo dispone el artículo 2 de la Ley 82 de 1993 modificado por el artículo 1 de la Ley 1232 de 2008, es cabeza de familia quien, además de ejercer la jefatura del hogar, tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.*

*En este caso, la defensa LMCG probó que ésta es madre de tres hijas menores, con 12, 11 y 9 años de edad, respectivamente, cuyo padre es el también procesado JHON FREDY ÁNGEL TABARES, compañero sentimental de LMCG, y quien permanece privado de la libertad actualmente por estos mismo hechos; pero también quedó claro que éstos menores viven en un núcleo familiar que se integra también por la señora BLANCA DORIS GÓMEZ, progenitora de la aquí juzgada LMCG, y el señor JAVIER ANTONIO COLORADO, hermano de la misma.*

*Ahora, de la señora BLANCA DORIS se ha ilustrado que padece una penosa enfermedad, acreditada en la copia de Historia Clínica de 19 de julio de 2018, la cual refleja que el tratamiento para dicha patología y la sintomatología ha sido con manejo ambulatorio. Respecto al señor JAVIER ANTONIO no se hace ninguna referencia.*

*De lo anterior, surge evidente que las menores C.D.A.C., E.C.A.C. y A.V.A.C., no están en una situación de desprotección, pues en manera alguna que se ha ilustrado que la abuela y/o tío materno sean incapaces, física o psíquicamente para asumir la crianza de sus descendientes, resultando insuficiente el hecho que la abuela de los menores tenga el diagnóstico de una "penosa enfermedad", pues de un lado no está acreditado que esté en una fase avanzada o grave que le impidan ejercer la tutela de los menores, y más aún, teniendo en gracia de discusión este hecho, tampoco se ha desvirtuado la capacidad legal ni el deber social que la ley exige del tío -Javier Antonio- para, con las menores.*

*Ha de destacarse que las premisas de la defensa en cuanto pregona una desprotección de los menores, no pueden ser de recibo en la Judicatura, pues no sólo se-adolece de elementos cognoscitivos que permitan establecer la veracidad de tales dichos, como se indicó, sino que además, resulta insuficiente para desestimar el deber social que recae en los miembros de un núcleo familiar para proveer a sus congéneres menores o incapaces o incapacitados para laborar, el bienestar, la protección y el sustento requerido.*

*Para que proceda la sustitución de la pena por ser cabeza de hogar, se requiere que efectivamente la madre o el padre, cuyo título se atribuye al penalmente responsable, sea la única persona con la que cuenta el menor de edad para su cuidado.*

*Lo pretendido por el legislador al reconocer la calidad de cabeza de familia.es la protección para los menores de edad y de las personas incapaces o incapacitadas para trabajar, no para los adultos que han decidido realizar conductas delictivas, y no puede permitirse que sea argumentada tal creación legal, sin realmente concurrir en el penalmente responsable, para burlar la justicia y evadir el cumplimiento de la pena. No puede confundirse proveedor económico, con padre cabeza de familia.*

*De allí que no es viable reconocer la prisión domiciliaria a la señora LMCG porque, aun cuando es madre de tres menores de edad, no se trata de niñas indefensas cuyos derechos se vean afectados por ausencia absoluta o incapacidad permanente de los familiares o parientes con el deber de cuidado.*

*Por último, no puede dejar de considerarse el hecho, que la tesis fáctica que se construyó a partir de los elementos de conocimiento con vocación probatoria, señalan que LMCG y su compañero permanente, JHON FREDY ÁNGEL, eran quienes se encargaban del expendio y almacenamiento de sustancias estupefacientes, en su propia vivienda, desde donde se ejecutaba el comercio ilícito de la misma, comportamiento que en nada atiende el deber de protección y cuidado a sus menores hijas, pues la violencia que se deriva del negocio ilícito de la drogas psicotrópicas transgrede y pone en grave riesgo los derechos fundamentales de dichas menores.”*

1. **SOBRE EL RECURSO PROPUESTO**
	1. **Defensora de LMCG (recurrente)**

(Sinopsis)

* Solicitó revocar la sentencia en lo atinente a la negativa de conceder prisión domiciliaria como madre cabeza de familia a su defendida porque considera que probó mediante EMP que la procesada ostenta la calidad de madre cabeza de familia.
* Adujo que en su momento la FGN se pronunció con arraigos que datan de la época de captura que ocurrió meses antes de la sentencia, sin embargo ante el Juzgado Quinto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de la ciudad se dispuso el cambio de dirección de residencia de la penada para ir a vivir sola con sus tres hijas, lugar hasta donde el INPEC ha ido a hacerle visitas para verificar su domicilio. De ese modo las menores se encuentran solas en la dirección Plan Vivienda César Toro Casa 1A Manzana 1 corregimiento Caimalito de Pereira.
* Refirió que la judicatura no puede coartar los derechos de los menores porque así está dispuesto en la sentencia C-154 del 7 de marzo de 2017 cuyos apartes citó, según la cual siempre debe tenerse en cuenta el interés superior del menor, según el artículo 44 de la C.P.
* De conformidad con lo que dispone el artículo 314 CPP solicitó de manera provisional la prisión domiciliaria ante la juez de conocimiento hasta tanto pudiera sustentar ese requerimiento ante el juez de ejecución de penas. Sin embargo la *A quo* negó ese beneficio a su representada teniendo conocimiento de que el padre de los niños también está procesado en este mismo trámite.
* Por lo tanto, solicitó que de manera provisional y urgente se decida el recurso de apelación frente a la negativa de la prisión domiciliaria toda vez que los hijos de la procesada tienen 9, 11 y 12 años de edad, están escolarizados, se cuenta con la historia clínica respecto de la gravedad del estado de salud de Blanca Doris Gómez, quien vive en una finca y no conocía que había otra persona que podría atender a los menores, lo que significa que la procesada vive sola con sus hijos.
	1. **Delegada de la FGN (no recurrente):**

(Sinopsis)

* El pronunciamiento de la A quo está amparado en postulados legales. Aunque se hable de una posible vulneración de derechos de menores de edad por un presunto estado de abandono, lo que se tiene establecido con los arraigos es que habían otras personas que vivían con la procesada en el momento en que se efectuó la captura.
* Las circunstancias de posibles condiciones de vulnerabilidad de los hijos de la procesada, deben ser objeto de sustentación con evidencias y soportes sólidos, los cuales no existen más allá de la enunciación de la defensora.
* La pretensión en ese sentido se podría lograr ante un juez de EPMS con una visita socio familiar de sus funcionarios en la cual se acredite la condición de madre cabeza de familia de la procesada.
* En consecuencia, la FGN no tiene reparos frente a la decisión tomada.
1. **CONSIDERACIONES LEGALES**
	1. Esta Colegiatura tiene competencia para conocer del recurso propuesto, en atención a lo dispuesto en los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906 de 2004.
	2. **Problema jurídico a resolver:** En atención a los términos del recurso propuesto se debe decidir lo concerniente al grado de acierto de la decisión de primera instancia en la cual se condenó a la señora LMCG como cómplice de las conductas de concierto para delinquir agravado en concurso con de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, por lo cual surge el siguiente problema jurídico: se acredita la condición de madre cabeza de familia de la señora LMCG y se cumplen los requisitos para conceder la sustitución de la prisión en establecimiento carcelario por la del lugar de residencia.
	3. Para resolver el problema jurídico es necesario precisar que la prisión domiciliaria se encuentra prevista como sustituta de la prisión intramural en los eventos en que concurre en el procesado la condición de cabeza de familia, con énfasis en las circunstancias en las que opera esta última.
	4. En sentencia de casación dentro del radicado 46277, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia consideró que:

*“Ha tenido oportunidad esta Sala de señalar[[2]](#footnote-2), que la comprensión jurisprudencial de las condiciones para acceder a la prisión domiciliaria ha variado en el tiempo. Así, en principio, la Corte consideró suficiente, a partir de la interpretación sistemática de lo dispuesto en la Ley 750 de 2002 y de los artículos 314 y 461 de la Ley 906 de 2004, la acreditación de la condición de padre o madre cabeza de familia, sin necesidad de valorar los antecedentes del interesado ni la naturaleza del delito objeto de condena[[3]](#footnote-3).*

*Sin embargo, posteriormente, recogiendo ese criterio, y bajo el entendido que los artículos 314, numeral 5, y 461 de la Ley 906 de 2004 no derogaron los requisitos establecidos en el artículo 1 de la Ley 750 de 2002 en lo atinente a la figura de la prisión domiciliaria para la persona cabeza de familia, la Sala ha venido sosteniendo de manera pacífica que para su otorgamiento se requiere de la satisfacción concurrente de todas las condiciones previstas en esta norma, a saber: i) que el condenado, hombre o mujer, tenga la condición de padre o madre cabeza de familia; ii) que su desempeño personal, laboral, familiar y social permita inferir que no pondrá en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo; iii) que la condena no haya sido proferida por alguno de los delitos allí referidos y; iv) que la persona no tenga antecedentes penales[[4]](#footnote-4). Así se precisó:*

*“Es decir, el debido respeto al interés superior del menor no implica un reconocimiento mecánico, irrazonable o autoritario de sus derechos. Y dejar como único requisito de la detención o prisión domiciliaria para los padres o madres cabeza de familia la constatación de la simple condición de tal convierte en absoluto el derecho del menor a no estar separado de su familia, y además lo hace en detrimento de unos institutos (la detención preventiva en centro de reclusión y la ejecución de la pena en establecimiento carcelario) que no sólo atienden a principios y valores constitucionales (como la paz, la responsabilidad de los particulares y el acceso a la administración de justicia de todos los asociados), sino que deben ser determinados por las circunstancias personales del agente, motivo por el cual tienen que ser ponderadas en todos los casos”.”*

* 1. Conforme fue manifestado por la juez de primera instancia, debe acreditarse en el caso concreto que el cónyuge de la penada también fue condenado en el mismo proceso y que los otros familiares de los que se tiene conocimiento, son la señora Blanca Doris Gómez, abuela de los menores quien padece una enfermedad y el tío de los mismos Javier Antonio Colorado, personas que ya no se encuentran integradas al núcleo familiar según argumentó la defensora porque la procesada se trasladó de residencia.

De ese modo se procede a analizar que se cumplan los requisitos antedichos, con la advertencia de que en el caso de que alguno deje de cumplirse, no se procederá al análisis de los demás, por ser esa razón suficiente para que no se pueda aplicar tal figura.

* 1. Conforme a lo anterior, la condición de cabeza de familia tiene fundamento en el mandato constitucional del artículo 43 según el cual “*el Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia*”, así, por medio de la Ley 82 de 1993 se expidieron normas para apoyar de manera especial a la Mujer Cabeza de Familia y en el artículo 2º consagró como aquella, la que *“siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.”*
	2. En similar sentido fue promulgada la Ley 750 de 2002, por la cual se expidieron normas sobre el apoyo de manera especial en materia de prisión domiciliaria y trabajo comunitario; en cuyo examen de constitucionalidad se mencionó como motivo tenido en cuenta por el legislador para la promulgación de tal ley, el *“facilitar el rol de la mujer colombiana cabeza de familia privada de la libertad, ya que esta circunstancia lleva a que los menores e incapaces que se encuentran bajo su cargo queden desamparados,* ***puesto que es ella la única encargada de su protección, manutención y cuidado****”.*
	3. Ahora bien, en el artículo 461 de la Ley 906 de 2004 se contempla que la sustitución de la ejecución de la pena procede en los mismos casos que la detención preventiva, así, conforme al numeral 5º del artículo 314 de la misma normativa, aquella podrá sustituirse “cuando la imputada o acusada fuere madre cabeza de familia de hijo menor o que sufriere incapacidad permanente, siempre y cuando haya estado bajo su cuidado. **En ausencia de ella**, el padre que haga sus veces tendrá el mismo beneficio”.
	4. Sin embargo, en sentencia SU 388 de 2005 se dijo:

*“Al respecto la Corte advierte que no toda mujer puede ser considerada como madre cabeza de familia por el sólo hecho de que esté a su cargo la dirección del hogar. En efecto, para tener dicha condición es presupuesto indispensable (i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental ó, como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar.*

*Así pues, la mera circunstancia del desempleo y la vacancia temporal de la pareja, o su ausencia transitoria, por prolongada y desafortunada que resulte, no constituyen elementos a partir de los cuales pueda predicarse que una madre tiene la responsabilidad exclusiva del hogar en su condición de madre cabeza de familia.*

*Además, no puede perderse de vista que el trabajo doméstico, con independencia de quién lo realiza, constituye un valioso apoyo para la familia a tal punto que debe ser tenido en cuenta como aporte social. En esa medida, dado que existen otras formas de colaboración en el hogar, la ausencia de un ingreso económico fijo para una persona no puede ser utilizada por su pareja para reclamar la condición de cabeza de familia”*

6.10 Se considera que en este caso resulta aplicable el precedente CSJ SP del 26 de junio de 2008, radicado 22453, el cual fue citado por esta Corporación en pronunciamiento del 21 de abril de 2015 acta No. 103 del día 17 del mismo mes y año, de quien funge como ponente en este caso, donde se dijo lo siguiente:

*“4.5 La Sala considera que en el caso sub examen resulta aplicable lo expuesto por la recurrente en el sentido de invocar la aplicación del precedente contenido en la sentencia CSJ SP del 26 de 2008 (Acta 173), en el conocido caso de la ex parlamentaria Yidis Medina. Se debe aclarar que en esa oportunidad la Sala Penal de la CSJ consideró que era viable que antes de la ejecutoria del fallo se reconociera la prisión domiciliaria, como mecanismo sustitutivo de la internación peniteciaria, cuando se invocaba la condición de madre cabeza de familia, con base en los artículos 314 y 361 del CPP, en los eventos en que no se reunían los requisitos previstos en el artículo 38 del CP y en la ley 750 de 2002.[[5]](#footnote-5)*

*4.5.1 Se debe aclarar que la misma Corporación consideró que podía asumir ese tipo de decisiones en los casos que eran de su competencia funcional en primera instancia, pero que ese criterio jurídico no se hacía extensivo a los fallos dictados en primera o segunda instancia por los jueces o los tribunales, quienes podían conceder directamente el beneficio en mención. Por lo tanto, de acuerdo a ese precedente el reconocimiento de la prisión domiciliaria dejó de ser de competencia exclusiva de los jueces de EMPS y por ende no quedó condicionado a la ejecutoria del fallo de primer grado.[[6]](#footnote-6)*

*4.6 A partir del citado pronunciamiento de la SP de la CSJ, se puede considerar que la juez de primer grado debió atender a la solicitud que formuló la defensora de la procesada en la audiencia de individualización de pena y sentencia, lo cual la obligaba a pronunciarse sobre la prisión domiciliaria solicitada, en vez de deferir esa decisión al juez de EPMS, una vez cobrara ejecutoria el fallo.*

*4.6.1 Sobre ese tema se pronunció la SP de la CSJ en sentencia del 16 de mayo de 2007, radicado 26716, en la cual se expuso lo siguiente al referirse al objeto de la audiencia prevista en el artículo 447 del CPP:*

*Los aspectos personales, familiares y sociales a los que se puedan referir el Fiscal y el defensor en tal audiencia, servirán de referentes para la fijación en concreto de la sanción -entendido que ya anteriormente, gracias a lo decidido en el anuncio del sentido del fallo, la verificación del allanamiento o la aprobación del acuerdo, se establecieron los criterios objetivos necesarios para determinar los límites punitivos y el específico cuarto que a este corresponde- o para determinar formas de cumplimiento de la misma o bien para la cuantificación individualizada de la pena pecuniaria, respecto de la cual se deben estimar factores concernientes a la situación económica, ingresos y cargas familiares del condenado (artículo 30 de la Ley 599 de 2000), o para la imposición de penas accesorias, y principalmente, para la eventual concesión de mecanismos sustitutivos o alternativos de la pena privativa de la libertad. (Subrayado fuera del texto original). (…)*

*“En efecto, entre la acusación y la sentencia, entre ésta y los cargos aceptados, luego de aceptado el acuerdo, deviene la audiencia para la individualización de la pena en los términos del artículo 61 del código penal, de modo que ese esquema debe respetarse por el recurrente a la hora de postular los cargos.*

*“Así, cuando el artículo 447 de la ley 906 de 2004, señala que “si se aceptare el acuerdo celebrado con la fiscalía”, el juez le concederá la palabra para que se refieran a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden”, se refiere a circunstancias que le permitan al juez graduar la pena en los términos del artículo 61 del código penal y no a aquellas que modifican los extremos punitivos del tipo penal o que circunstancian el hecho tornándolo en uno diferente, en perjuicio del mismo acuerdo”[[7]](#footnote-7).*

*Ahora bien, en la providencia citada, que es justamente la que trae a colación la delegada del Ministerio Público, se parte de la base de que es posible desplegar una actividad probatoria en sede de la diligencia para la individualización de la pena y sentencia; sin embargo, se aclara seguidamente, dicha actividad debe versar única y exclusivamente en torno a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable. Ello, desde luego, para que la Fiscalía y la defensa sustenten las pretensiones que a continuación formularán, en lo que respecta a la probable determinación de la pena y la concesión de subrogados. (…)*

*Una interpretación exegética de la norma no puede ser de recibo, pues, considera la Sala que si en desarrollo de la diligencia de individualización de la pena y sentencia, las partes presentan alegaciones en las que aluden a aspectos que pueden influir en la dosificación punitiva o en la concesión o denegatoria de subrogados, es apenas natural y obvio que se les facilite su acreditación.”*

6.10.1 De la misma forma, en pronunciamiento de esta Colegiatura datado 5 de marzo de 2013, radicado No. 660453189001200800109, dentro del proceso adelantado contra Jeny Johana Marín por el delito de homicidio, de quien funge como ponente dentro de la presente causa, se manifestó lo siguiente en un caso similar:

*“El artículo 461 de la ley 906 de 2004 dispone que la sustitución de la ejecución de la pena, es facultad del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, lo que presupone la ejecutoria de la sentencia, como factor de atribución de competencia. Sin embargo desde el famoso caso de Yidis Medina, concretamente en la sentencia del 21 de junio de 2008, la Sala Penal de la C.S.J. efectuó una interpretación extensiva de la figura de la prisión domiciliaria, sustentada en la necesidad de garantizar la menor restricción posible del derecho a la libertad, a efectos de que el fallador de primer grado pudiera reconocer ese beneficio.[[8]](#footnote-8)*

*6.3.4 Posteriormente en la sentencia con radicado 37209 del 23 de noviembre de 2011 de la Sala de C.P. de la C.S.J., se expuso que el análisis del ingrediente subjetivo de la prisión domiciliaria, incluye lo relativo a la gravedad de los hechos materia de imputación o acusación, en el entendido de que la conducta desplegada, como manifestación de la personalidad del procesado, tiene incidencia en el pronóstico del cumplimiento de la pena y del peligro que el agente pueda representar para la sociedad.*

*En la misma providencia se dijo que la mera consideración de la relevancia del bien jurídico tutelado no podía ser el único criterio para llegar a una conclusión sobre la concurrencia del presupuesto subjetivo del sustituto penal, sino que era necesario consultar las funciones y fines de la pena que tienen que ver con la prevención general y la retribución justa ya que el factor relativo a la gravedad del hecho, no conducía por si sólo a hacer un pronóstico negativo de peligro para la sociedad o de cumplimiento de la pena.[[9]](#footnote-9)*

*6.3.5 En la decisión con radicado 35943 del 22 de junio de 2011, la Sala de C.P. de la C.S.J. modificó su posición inicial relacionada con la derogatoria tácita de los incisos 2º y 3º del artículo 1 de la Ley 750 de 2002. En su nuevo precedente se precisó que la privación de la libertad en el domicilio del procesado por ser padre o madre cabeza de familia no podía ser un factor de impunidad, ante la posibilidad de afectar los fines propios del proceso penal o el cumplimiento de las funciones de la pena, por lo cual era necesario efectuar un ejercicio de ponderación entre esas situaciones y los derechos de los menores a la unidad familiar. Para el efecto se retomó lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-184 de 2003.[[10]](#footnote-10)*

*En la decisión antes citada, la Sala de C.P. de la C..S.J. insistió en la necesidad de efectuar esa ponderación entre los derechos de los menores y el interés de la sociedad en ciertas instituciones propias del proceso penal, como la detención preventiva o la ejecución intramural de la pena.[[11]](#footnote-11)*

*6.3.6 De acuerdo a los precedentes enunciados, es necesario hacer un juicio de ponderación entre el interés público relacionado con el lugar de ejecución de la pena, que en este caso correspondería a la internación carcelaria de la procesada para garantizar la vigencia de la norma rectora sobre cumplimiento de las funciones de prevención especial y general de la pena[[12]](#footnote-12), y la posibilidad de restablecer la unidad familiar con la presencia de la señora Marín en su hogar, lo que redundaría en beneficio de los hijos menores de edad, decisión que se encuentra condicionada al cumplimiento de los requisitos exigidos para acreditar su condición de madre cabeza de familia.”*

6.10.2 A su vez, sobre el tema de la concesión de la prisión domiciliaria en el fallo de primera instancia se debe tener en cuenta que en un pronunciamiento más reciente de la SP de la CSJ, radicado No. 45905 del 3 de febrero de 2016, se expuso lo siguiente:

*“Sin embargo, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, el mencionado precepto, aplicable por razón de lo dispuesto en el artículo 461 de la Ley 906 de 2004, como un mecanismo sustitutivo de la pena de prisión, solo puede ser reconocido, una vez ejecutoriada la respectiva sentencia, por el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, puesto que: “… en el sistema de enjuiciamiento penal con tendencia acusatoria no cabe pronunciamiento alguno de los jueces de instancia sobre la sustitución de la prisión intramural por la domiciliaria por cuanto, a voces del artículo 461 de la Ley 906 de 2004, esta es una competencia reservada al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad. Únicamente, en la hipótesis de encontrar satisfechos los presupuestos normativos que regulan el instituto de la detención domiciliaria, al momento de proferir sentencia, habría lugar a conceder la sustitución de la medida, no así, la prisión domiciliaria”.*

*Así las cosas, emerge claro que, de una parte, no procede el reconocimiento de la prisión domiciliaria regulada en el artículo 38 del Código Penal por ausencia del requisito objetivo y, de otro lado, el Tribunal no era competente para pronunciarse en la sentencia sobre la sustitución de la prisión intramural por la domiciliaria, de conformidad con el artículo 461 de la Ley 906 de 2004; por tanto, se revocará el numeral segundo de la parte resolutiva del fallo impugnado».”*

6.10.3 En el anterior pronunciamiento la CSP al referirse a la jurisprudencia de su Sala de Casación, concretamente cita un aparte del radicado 38262 correspondiente al AP del 30 de julio de 2014, mismo que sirvió de respaldo en pronunciamiento del 30 de agosto de 2017 radicación 47761 en el cual sustentó la *a quo* su determinación, en el que se dijo:

*“Ciertamente el artículo 461[[13]](#footnote-13) de la última de las codificaciones mencionadas atribuyó al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad la competencia para sustituir –a favor del condenado- la ejecución de la pena cuando se configure alguno de los supuestos de hecho previstos en el artículo 314 –para disponer la sustitución de la detención en beneficio del imputado-, entre los que se cuenta la enfermedad grave -misma circunstancia señalada en el artículo 68 del Código Penal de 2000-.*

*Adicionalmente, la dinámica del proceso también impone que sobre la sustitución de la prisión intramural por domiciliaria u hospitalaria -motivada en enfermedad grave- se pronuncie el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, no el de conocimiento, porque, en estricto sentido, la ejecución de la sentencia sólo tiene lugar una vez esta cobra firmeza, momento a partir del cual surge oportuno decidir si es o no viable acceder a la mencionada sustitución, con base en valoración médico legal actual o actualizada sobre el estado de salud del condenado. Correlativamente, la decisión que eventualmente podría adoptar el juez de la causa en la sentencia es la de sustituir la detención, que para ese momento se funda en el sentido del fallo condenatorio en orden a garantizar el cumplimiento de la condena.*

*La anterior postura, que en efecto corresponde a la acogida por el Tribunal, encuentra respaldo en lo indicado por la Sala de Casación Penal en varios pronunciamientos (SP del 12 de septiembre de 2012, AP del 11 de diciembre de 2013, Rad. 41300 y AP de 30 de julio de 2014, Rad. 38262).*

*En la tercera de las mencionadas providencias la Corte señaló:*

*(…) de acuerdo con criterio uniforme de la Corporación, en el sistema de enjuiciamiento penal con tendencia acusatoria no cabe pronunciamiento alguno de los jueces de instancia sobre la sustitución de la prisión intramural por la domiciliaria por cuanto, a voces del artículo 461 de la Ley 906 de 2004, esta es una competencia reservada al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad. Únicamente, en la hipótesis de encontrar satisfechos los presupuestos normativos que regulan el instituto de la detención domiciliaria, al momento de proferir sentencia, habría lugar a conceder la sustitución de la medida, no así, la prisión domiciliaria.*

*Sobre el particular, la Sala recientemente reiteró su postura en el siguiente sentido:*

*“Finalmente cuestiona el demandante que a su prohijado no se le haya reconocido, con violación de los artículos 461 y siguientes de la Ley 906 de 2004 y de principios como el debido proceso, igualdad, dignidad y favorabilidad, el sustitutivo de prisión domiciliaria, más un tal reparo deviene igualmente infundado, no sólo porque el asunto no se ventiló en las instancias, en éstas se trató fue la prisión domiciliaria del artículo 38 del Código Penal, sino porque además la competencia para pronunciarse en relación con aquella norma en concordancia con el artículo 314 de la Ley 906 concierne al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, lo cual supone obviamente un fallo debidamente ejecutoriado.”*

Lo anterior permite concluir que la decisión de la *a quo,* en el entendido de no ser competente para emitir un pronunciamiento de fondo respecto de la solicitud de prisión domiciliaria en favor de la señora LMCG, se fundamentó en la misma línea de pensamiento jurídico del precedente antes citado radicado 45905 de 2016, en tanto tal determinación es un asunto de competencia exclusiva del juez encargado de ejecutar la pena impuesta a la condenada, situación que solo se podrá materializar en el momento en que la sentencia cobre ejecutoria.

6.11 En este caso, se tiene que la defensora de la señora LMCG pretende el reconocimiento de su condición de cabeza de familia para que se le conceda la sustitución de la prisión en establecimiento carcelario por la de su lugar de residencia; basada en que debe cuidar a sus hijos menores de edad quienes presuntamente no cuentan con otros miembros de la familia que se puedan encargar de sus cuidados.

En el caso concreto, no se discute que la señora LMCG posiblemente ostente la dirección del hogar o que su presencia pudiera garantizar mejores condiciones de vida a sus descendientes, en el entendido que se acreditó con registros civiles de nacimiento que la procesada es madre de AVAC de 9 años, ECAC de 11 años y CDAC de 13 años de edad (fls. 40 a42). Sin embargo, debe reiterarse que conforme ha sido expuesto en precedencia, la normativa que pretende aplicarse consagra dicho derecho para aquella persona que ostenta la condición de ser la *única* que pueda encargarse de la protección, manutención y cuidado de los menores; lo cual no resultó probado en este caso, por cuanto la penada cuenta con el apoyo familiar según el arraigo aportado por la FGN (fls. 12 al13 de la carpeta Noº 12 de la FGN), en el cual se expone su progenitora y un hermano suyo también se han encargado de las menores y han convivido juntos, lo cual no es óbice para que lo sigan haciendo aun cuando a escasos meses de la sentencia condenatoria la penada decidiera cambiar el lugar de su residencia. Por demás, la grave enfermedad que se dice padece la ascendiente de la encartada no fue acreditada como de aquellas que por su estado le impidieran ejercer un rol parental frente a las hijas menores.

Al respecto la censora limitó su argumentación en manifestar que ya no se comparte la misma residencia y que en consecuencia sus hijas estarían desamparadas, circunstancia que como ya se adujo en nada impide al tío y abuela de las niñas hacerse cargo de sus cuidados de salud, educación, crianza y acompañamiento en virtud del principio constitucional de la solidaridad.

En consecuencia, por cuanto en este asunto no existe ausencia de la familia extensa que pueda velar por las citadas menores hijas de la señora LMCG, y además, como se ha dicho por la jurisprudencia; no procederá dicho reconocimiento.

Por lo considerado, la Sala estima que en el caso objeto de estudio resulta acertado lo decidido por la a quo, puesto que no es procedente la sustitución de prisión intramural a la procesada LMCG.

6.12 En aplicación del principio de limitación de la segunda instancia, esta colegiatura no hará ningún pronunciamiento sobre la responsabilidad y la pena impuesta a la procesada, ya que esos acápites de la sentencia no fueron objeto del recurso de apelación.

Por lo expuesto en precedencia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por mandato de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Pereira, en contra de LMCG, por los punibles de concierto para delinquir agravado en concurso con tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en lo que fue objeto de impugnación.

**SEGUNDO:** Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso extraordinario de casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

1. Folios 2 a 21 [↑](#footnote-ref-1)
2. CSJ SP-10919-2015, 19 ago. 2015, rad. 45853. [↑](#footnote-ref-2)
3. CSJ SP, 26 jun. 2008, rad. 22.453. [↑](#footnote-ref-3)
4. CSJ SP, 22 jun. 2011, rad. 35943. [↑](#footnote-ref-4)
5. “Ahora, las exigencias que demanda la Ley 906 en punto al instituto jurídico bajo examen son significativamente reducidas y abiertamente ventajosas, como que basta demostrar la calidad de cabeza de familia respecto de hijo menor o que sufra incapacidad permanente, y además, que ese menor (a quien la ley pretende proteger) haya estado bajo su cuidado. Como se ve, la aplicación del sustituto hoy en día no está limitada -por lo menos desde la visión de esa norma y para la época en que se cometió la infracción- por la naturaleza del delito, así como tampoco supeditada a la carencia de antecedentes penales y mucho menos a la valoración de componente subjetivo alguno, dada la simplicidad que ofrece la construcción legislativa del dispositivo.

No hay duda, pues, que los nuevos instrumentos procesales son (como se dijo) muchísimo más ventajosos que los anteriores, resultando por ello aplicables en virtud del principio de favorabilidad, pues nadie discute -de una parte- el carácter sustancial del instituto y -de otra- la sucesión de leyes en el tiempo acompañada de la simultaneidad de sistemas, completando y configurando así el trío de elementos necesarios para que jurisprudencial, constitucional y legalmente pueda abrirse paso la aplicación de aquella garantía fundamental.

Así, respecto de YIDIS MEDINA es posible pregonar su condición de madre cabeza de familia de dos hijos, MAINER STEVEN SALCEDO y YIDIS DANIELA DURÁN, de 14 y 8 años en su orden, dado que los respectivos papás no conviven con aquéllos, así como comprobado está que los dos menores estaban bajo el cuidado de la procesada inclusive hasta el día en que fue privada de libertad.

Con ese marco, se ofrecen satisfechas las condiciones legales para acceder al comentado beneficio. Sin embargo, una consideración adicional resulta pertinente a juicio de la Sala, si en cuenta se tiene que -conforme lo reseñado- en la nueva legislación, aplicable por favorabilidad, la sustitución de la pena de prisión por domiciliaria -a voces del artículo 461- procede en la fase de ejecución de la sanción y por cuenta del juez de ejecución de penas, lo cual implica que se parte del presupuesto de la ejecutoria de la sentencia, condición ésta que respecto de la de MEDINA PADILLA sólo la adquiere con la firma de los Magistrados de la Sala.” [↑](#footnote-ref-5)
6. “(…) No empece lo anterior, cree la Corporación que por encima de la comentada fase y aún de la competencia del juez de penas para proceder a la sustitución, la libertad personal ha de tener un trato prevalente, motivo por el cual su limitación o restricción ha de concretarse a lo necesario, proporcional y razonable, generándose sobre esa base, en cuanto al principio de afirmación de la libertad (art. 295 L906/04), una interpretación restrictiva de las normas que regulan los institutos que atañen a tal garantía.

Cuando se propone -como en efecto se está haciendo- que en la sentencia definitiva se puede (con la restricción funcional a que se hará mención más adelante) aplicar por el fallador la sustitución de la prisión en los casos señalados en el artículo 461 ya mencionado (aunque descartada la causal primera del artículo 314, según reiterada jurisprudencia), no se está haciendo cosa distinta a destacar, por encima de las formas, la prevalencia del derecho a la libertad, así sea -como en este evento- para garantizar que su limitación sea la menor posible y que a su vez el beneficiario del instituto jurídico, como es el menor de edad, pueda recibir el benéfico influjo directo e inmediato de la aplicación del subrogado.

Ahora bien, ese avance en el reconocimiento de la sustitución de la prisión por su homóloga la domiciliaria debe quedar restringido a los fallos que de manera definitiva profiera la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mas no a los emitidos por la primera o la segunda instancia, dado que cuando estos jueces o tribunales emitan sentencia condenatoria y en ese momento constaten cumplida la totalidad de requisitos de las causales regladas por el artículo 314, lo procedente será la aplicación directa de la causal de sustitución de la medida de aseguramiento, proceder ante el que nunca estará la Corte, si en cuenta se tiene que al emitir esta Corporación una sentencia condenatoria lo será con el carácter de definitiva, bien que sea en única, en segunda instancia o en casación…” [↑](#footnote-ref-6)
7. Auto del 10 de mayo de 2006, Rad. 25389. [↑](#footnote-ref-7)
8. “…Ahora bien, ese avance en el reconocimiento de la sustitución de la prisión por su homóloga la domiciliaria debe quedar restringido a los fallos que de manera definitiva profiera la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mas no a los emitidos por la primera o la segunda instancia, dado que cuando estos jueces o tribunales emitan sentencia condenatoria y en ese momento constaten cumplida la totalidad de requisitos de las causales regladas por el artículo 314, lo procedente será la aplicación directa de la causal de sustitución de la medida de aseguramiento, proceder ante el que nunca estará la Corte, si en cuenta se tiene que al emitir esta Corporación una sentencia condenatoria lo será con el carácter de definitiva, bien que sea en única, en segunda instancia o en casación” . [↑](#footnote-ref-8)
9. Sobre el tema ver C.S.J. Sala de C.P. Radicado 37209 23 noviembre de 2011. [↑](#footnote-ref-9)
10. ”De esta manera, la jurisprudencia constitucional considera, por una parte, que es legítimo para el legislador introducir derechos en materia penal a mujeres que se encuentran privadas de la libertad, como por ejemplo la prisión domiciliaria; pero por otra, considera que no concederla a una mujer cabeza de familia, cuando ésta pone en riesgo la seguridad de la comunidad y puede representar una amenaza para los derechos de los asociados, es legítimo, porque es constitucional restringir esa posibilidad en tales condiciones”. [↑](#footnote-ref-10)
11. “…Es decir, el debido respeto al interés superior del menor no implica un reconocimiento mecánico, irrazonable o autoritario de sus derechos. Y dejar como único requisito de la detención o prisión domiciliaria para los padres o madres cabeza de familia la constatación de la simple condición de tal convierte en absoluto el derecho del menor a no estar separado de su familia, y además lo hace en detrimento de unos institutos (la detención preventiva en centro de reclusión y la ejecución de la pena en establecimiento carcelario) que no sólo atienden a principios y valores constitucionales (como la paz, la responsabilidad de los particulares y el acceso a la administración de justicia de todos los asociados), sino que deben ser determinados por las circunstancias personales del agente, motivo por el cual tienen que ser ponderadas en todos los casos. (…)

Lo anterior significa que no está prohibida la confrontación, en cada caso, de las circunstancias constitutivas del interés superior del menor con las condiciones personales en el imputado o autor del injusto que justifiquen la procedencia de la detención preventiva o de la ejecución de la pena privativa de la libertad, en la medida en que estas últimas manifiestan valores constitucionales opuestos que, por el solo hecho de contar con un peso abstracto menor, no pueden ser excluidos de la sindéresis judicial. (…)

2.3.2. En cuanto al reconocimiento de la prisión domiciliaria para el padre o madre cabeza de familia, los requisitos de orden objetivo y subjetivo consagrados en el artículo 1 de la Ley 750 de 2002 no pueden entenderse derogados por los artículos 314 numeral 5 y 461 de la Ley 906 de 2004, en la medida en que estas normas obedecen a un carácter menos restrictivo del derecho a la libertad que desde el punto de vista de la Constitución Política se justifica por el hecho de no haber sido desvirtuada la presunción de inocencia.

2.3.3. En consecuencia, ya sea por mandato constitucional o específico precepto legal, en ningún caso será posible desligar del análisis para la procedencia de la detención en el lugar de residencia o de la prisión domiciliaria para el padre o madre cabeza de familia, aquellas condiciones personales del procesado que permitan la ponderación de los fines de la medida de aseguramiento, o de la ejecución de la pena, con las circunstancias del menor de edad que demuestren la relevancia de proteger su derecho, a pesar del mayor énfasis o peso abstracto del interés superior que le asiste….” [↑](#footnote-ref-11)
12. C.P. Artículo 4º. [↑](#footnote-ref-12)
13. Artículo 461. Sustitución de la ejecución de la pena. El juez de ejecución de penas y medidas de seguridad podrá ordenar al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario la sustitución de la ejecución de la pena, previa caución, en los mismos casos de la sustitución de la detención preventiva. [↑](#footnote-ref-13)