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: PRISIÓN DOMICILIARIA / PADRE CABEZA DE FAMILIA / DEFINICIÓN / REQUISITOS PARA CONCEDER EL SUBROGADO / RESPONSABILIDAD EXCLUSIVA DEL SOSTENIMIENTO DEL HOGAR / TRÁFICO DE ARMAS.**

… el artículo 2º de la Ley 82 de 1993, el cual fue modificado por el artículo 1º de la Ley 1232 de 2008, define el concepto de mujer u hombre cabeza de familia, así:

“… es Mujer Cabeza de Familia, quien 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”. (…)

Esa condición se puede hacer extensiva a otros miembros del grupo familiar, conforme a la sentencia C- 184 de 2003 de la Corte Constitucional.

En la sentencia C -154 del 7 de marzo de 2007 de la Corte Constitucional se expuso lo siguiente:

“Ahora bien, esta Corte debe precisar que la declaratoria de inexequibilidad del aparte demandado no implica, de ninguna manera, que el beneficio de la detención domiciliaria deba automáticamente concederse a la madre o al padre de cualquier menor de 18 años, sin consideración a sus condiciones fácticas particulares”. (…)

Por su parte en CSJ SP del 23 de marzo de 2011, radicado 34.784 se manifestó lo siguiente:

“... es claro que en el esquema del actual sistema de procesamiento, la posibilidad de acceder al mecanismo de la prisión domiciliaria por virtud de lo dispuesto en la Ley 750 de 2002, a partir de las disposiciones más benignas que regulan la materia (Ley 906 de 2004, artículo 314-5), está supeditada, a que se demuestre dentro del proceso, que se tiene la condición de “cabeza de familia”. (…)

En ese orden de ideas se concluye que la persona que invoque la condición de “padre o madre cabeza de familia”, para efectos de solicitar la concesión de la prisión domiciliaria, debe acreditar: i) que está a cargo del adulto mayor, (ii) que su presencia en el seno familiar es necesaria porque el adulto mayor depende de ella tanto en la parte económica, como en su salud y cuidado, (iii) que tiene la responsabilidad exclusiva del sostenimiento del hogar, y (iv) que la medida se hace necesaria para garantizar la protección de la persona que se encuentra en estado de desprotección.

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA - RISARALDA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

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

Pereira, veintisiete (27) de enero de dos mil veinte (2020)

Acta Nro. 036

Hora: 09:00 a.m.

1. ASUNTO A DECIDIR

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa del señor JEEO, contra el auto emitido el 9 de noviembre de 2018 mediante el cual el Juzgado 4o Penal del Circuito de Pereira le negó al sentenciado el sustituto de la prisión domiciliaria.

1. ANTECEDENTES

2.1 El señor JEEO fue sentenciado el 02 de octubre de 2017, por el Juzgado 4º Penal del Circuito de Pereira, (Risaralda), a la pena de 108 meses de prisión, como responsable del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego. En la misma sentencia le fue negada la suspensión condicional de la ejecución de la pena, que por tal motivo descuenta en establecimiento carcelario (fl. 09). A la fecha no se encuentra ejecutoriada la decisión de primera instancia.

1. SOBRE LA SOLICITUD DE CONCESIÓN DE PRISIÓN DOMICILIARIA

El señor JEEO elevó una solicitud ante el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira con el fin que se le otorgara el mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria, de conformidad con lo previsto en el artículo 29 de la ley 1709 de 2014 que modificó el artículo 63 de la ley 599 de 2.000 (fl. 12).

1. SOBRE LA DECISIÓN RECURRIDA

4.1 Mediante auto proferido el 09 de noviembre de 2018 por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira, denegó esa solicitud con base en la siguiente argumentación:

* El peticionario adujo que su progenitora se encontraba en delicado estado de salud y que además de eso, no contaba con una familia extensa que le brindara los cuidados que requería, por lo cual se hacía necesario tener en cuenta que lo pretendido es la protección de aquella persona que se encuentra en debilidad manifiesta, que haga absolutamente necesaria la presencia del sentenciado en su hogar, para garantizar su supervivencia y su vida en condiciones dignas.
* Lo anterior es una consecuencia directa que sufren las familias, cuando uno de sus miembros es privado de la libertad para el cumplimiento de una condena en establecimiento carcelario, lo que origina su ausencia del hogar.
* El solicitante omitió demostrar que la persona en favor de quien depreca su auxilio por la vía de la concesión del sustituto de la prisión domiciliaria, se encuentre en situación de deficiencia sustancial de ayuda o abandono, a pesar de las enfermedades reportadas, ni que su madre no tenga parientes que le puedan colaborar.
* En consecuencia no se contaba con los elementos de juicio suficientes para determinar que no se cumplían los requisitos legales para que el peticionario pudiera ser considerado como padre cabeza de familia.
* Si bien el solicitante allegó certificados laborales y formularios con firmas de vecinos, familiares y amigos, con el ánimo de demostrar que se trata de una persona que merece retornar a la vida en sociedad, se debía tener en cuenta el papel fundamental que juega la pena como elemento resocializador y de igual forma la función de prevención que esta cumple.

5. SOBRE EL RECURSO PROPUESTO

5.2 Peticionario (Recurrente)

Interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación.

* Manifestó cumplir con los requisitos dispuestos en el numeral 5º del artículo 314 CPP y lo previsto en el artículo 4º del CP, en cuanto a la función resocializadora de la pena.
* Solicitó reponer la decisión y que se concediera la sustitución de su lugar de internación, por el de su domicilio, para lo cual adujo que antes de adoptarse la decisión se debió adelantar una valoración socio familiar por parte de una trabajadora social.
* Expuso que respecto de su progenitora existe una ausencia sustancial de apoyo, por lo cual, él es el único garante de su salud y calidad de vida.
* Aunado a lo anterior resaltó no poseer antecedentes y haber acudido a todas las diligencias judiciales a las cuales fue requerido.

6. DECISIÓN SOBRE EL RECURSO DE REPOSICIÓN.

(Antes de resolver el recurso propuesto, la juez de conocimiento ordenó que una trabajadora social elaborara el socio familiar respectivo (Fl. 86), que fue realizado por la trabajadora social Patricia Miranda Castañeda (Fls. 91 a 92).

Al decidir el recurso horizontal, la A quo no repuso su decisión, al considerar que la situación de la progenitora del penado no era de tal gravedad como para concluir que respecto de la misma existiera una deficiencia sustancial de ayuda o abandono, así como tampoco que el único llamado a garantizar su salud, cuidado y tratamiento médico fuera el peticionario, a lo cual agregó que esa dama tenía otro hijo y residía con la compañera del señor JEEO. En consecuencia concedió el recurso de apelación interpuesto en forma subsidiaria.

7. CONSIDERACIONES LEGALES.

7.1. Competencia

Esta Colegiatura tiene competencia para conocer del recurso propuesto, en atención a lo dispuesto en los artículos 20 y 34.6 de la Ley 906 de 2004.

7.2 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, frente al planteamiento del recurrente respecto de la negativa para concederle el mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria, que solicitó aduciendo la necesidad de estar presente en su hogar para atender a la atención de su madre.

7.3 En aras dar respuesta al recurrente, se debe manifestar que el artículo 2º de la Ley 82 de 1993, el cual fue modificado por el artículo 1º de la Ley 1232 de 2008, define el concepto de mujer u hombre cabeza de familia, así:

*ARTÍCULO 2o. JEFATURA FEMENINA DE HOGAR. Para los efectos de la presente ley, la Jefatura Femenina de Hogar, es una categoría social de los hogares, derivada de los cambios sociodemográficos, económicos, culturales y de las relaciones de género que se han producido en la estructura familiar, en las subjetividades, representaciones e identidades de las mujeres que redefinen su posición y condición en los procesos de reproducción y producción social, que es objeto de políticas públicas en las que participan instituciones estatales, privadas y sectores de la sociedad civil.*

*En concordancia con lo anterior, es Mujer Cabeza de Familia, quien 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.*

*PARÁGRAFO. La condición de Mujer Cabeza de Familia y la cesación de la misma, desde el momento en que ocurra el respectivo evento, deberá ser declarada ante notario por cada una de ellas, expresando las circunstancias básicas del respectivo caso y sin que por este concepto se causen emolumentos notariales a su cargo.*

7.4 Esa condición se puede hacer extensiva a otros miembros del grupo familiar, conforme a la sentencia C- 184 de 2003 de la Corte Constitucional.

7.4.1 En la sentencia C -154 del 7 de marzo de 2007 de la Corte Constitucional se expuso lo siguiente:

*“Ahora bien, esta Corte debe precisar que la declaratoria de inexequibilidad del aparte demandado no implica, de ninguna manera, que el beneficio de la detención domiciliaria deba automáticamente concederse a la madre o al padre de cualquier menor de 18 años, sin consideración a sus condiciones fácticas particulares. […]*

*Sobre este particular debe decirse que, en primer lugar, es requisito legalmente impuesto que el menor no cuente con otra figura paterna, es decir, que a quien debe imponerse la medida de aseguramiento sea la madre cabeza de familia o el padre que esté en dichas condiciones. La existencia de otra figura paterna reclama la obligación de cuidado por parte de quien no se ve afectado por la detención preventiva y elimina el factor de desprotección que haría operante la disposición. […]*

*Así, por ejemplo, el hecho de que el menor esté al cuidado de otro familiar o que en virtud de sus condiciones particulares reciba el sustento de otra fuente o, incluso, habilitado por una edad propicia, se encuentre trabajando y provea lo necesario para su subsistencia, podrían considerarse como circunstancias exceptivas que darían lugar a impedir, según la valoración del juez, que se conceda el sustituto de la detención domiciliaria. En este punto, resulta imposible a la Corte enumerar cuáles son las condiciones concretas en que el cuidado del menor se vería o no perjudicado por la decisión de separarlo de su madre o de su padre, pero es claro que sobre las circunstancias fácticas del juicio, es el juez competente el encargado de valorar – siempre a la luz del interés superior del menor- si dicha separación comporta el abandono real del niño. […]*

*El juez en cada caso analizará la situación especial del menor, el delito que se le imputa a la madre cabeza de familia, o al padre que está en sus mismas circunstancias, y el interés del menor, todo lo cual debe ser argumentado para acceder o negar el beneficio establecido en la norma que se analiza”.*

7.4.2 Por su parte en CSJ SP del 23 de marzo de 2011, radicado 34.784 se manifestó lo siguiente:

*“... es claro que en el esquema del actual sistema de procesamiento, la posibilidad de acceder al mecanismo de la prisión domiciliaria por virtud de lo dispuesto en la Ley 750 de 2002, a partir de las disposiciones más benignas que regulan la materia (Ley 906 de 2004, artículo 314-5), está supeditada, a que se demuestre dentro del proceso, que se tiene la condición de “cabeza de familia”.*

*Según el artículo 2º de la Ley 2ª de 1982, se entiende por “mujer cabeza de familia”, quien siendo soltera o casada tenga bajo su cargo, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios o de 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 grupo familiar.*

*El concepto, según la Corte Constitucional*[[1]](#footnote-1)*, involucra los siguientes elementos:*

*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 solo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquella 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.*

7.5 En ese orden de ideas se concluye que la persona que invoque la condición de “padre o madre cabeza de familia”, para efectos de solicitar la concesión de la prisión domiciliaria, debe acreditar: i) que está a cargo del adulto mayor, (ii) que su presencia en el seno familiar es necesaria porque el adulto mayor depende de ella tanto en la parte económica, como en su salud y cuidado, (iii) que tiene la responsabilidad exclusiva del sostenimiento del hogar, y (iv) que la medida se hace necesaria para garantizar la protección de la persona que se encuentra en estado de desprotección.

7.6 Sin embargo esos requisitos no se cumplen a cabalidad en el caso sub examen, ya que en el estudio elaborado por la trabajadora social Patricia Miranda Castañeda se consignó que: i) la señora María Estella Orozco presentaba problemas de salud ya que tenía programada una cirugía para trasplante de rótula de la pierna derecha, tenía problemas en su hombro, era hipertensa y “cardíaca” y tenía dificultades para desplazarse; ii) luego de la detención del procesado , su compañera había asumido la responsabilidad económica por su madre; y iii) la señora Orozco tiene otro hijo llamado Alexander, de 24 años de edad, quien es estudiante y vive en Medellín, con su padre.

7.7 Igualmente debe decirse que en un pronunciamiento de esta Colegiatura del 1 de marzo de 2018, con radicado 1001-31-04055-2014-00339, se resolvió en segunda instancia lo concerniente a una petición similar del señor Jesús Antonio Álvarez Ríos, sentenciado por el delito de acceso carnal con incapaz de resistir y que en ese proveído se dijo lo siguiente:

“*A fin de darle solución al presente asunto, es necesario empezar por recordar que la solicitud de sustitución de prisión intramural por domiciliaria que hiciera el señor JESÚS ANTONIO ÁLVAREZ RÍOS estuvo basada en su condición de padre cabeza de familia, toda vez que según lo expuesto por su abogado, él tiene a su cargo a sus progenitores, quienes son personas de avanzada edad, razón por la cual no pueden desempeñarse laboralmente, y no poseen ningún tipo de ingreso que les permita asegurar su subsistencia.*

Atendiendo esa situación es importante hacer mención a que el tema del sustituto de la prisión admite diferentes modalidades que se fundamentan en fines y propósitos diferentes, así:

* *Prisión domiciliaria básica, reglamentada por el artículo 38 C.P. (subrogado por el artículo 22 de la Ley # 1.709 de 2.014[[2]](#footnote-2)).*
* *Prisión domiciliaria por el cumplimiento de la mitad de la condena, la cual es reglada por el artículo 38G C.P. (artículo 28 de la Ley # 1.709 de 2.014)[[3]](#footnote-3).*
* *Prisión domiciliaria por detentar el condenado(a) la calidad o condición de Padre o Madre de cabeza de familia, que es regulada por la Ley # 750 de 2.002[[4]](#footnote-4).*

“(...) *En ese orden de cosas, encuentra la Colegiatura que más allá de proceder a establecer si por favorabilidad en el presente asunto se deben tener o no en cuenta las modificaciones sufridas por el artículo 38 del C.P. en virtud de la Ley 1709 de 2014, ya que tal cosa no es lo importante para la solicitud impetrada en este momento, lo que se debe observar es si en este caso se cumplen con los requisitos establecidos por la ley 750 de 2002, que como ya se indicó, es la norma a la luz de la cual se deben analizar las peticiones de prisión domiciliaria por madre o padre cabeza de familia.*

*Bajo esa perspectiva, se deben tener en cuenta los siguientes factores: a) El sustituto tiene como una finalidad la protección de los derechos de los menores de edad o los discapacitados, los cuales se deben encontrar bajo exclusivo cuidado y la protección del procesado; b) Su reconocimiento se debe regir por los principios y funciones que debe cumplir la pena, acorde con lo consignado en los artículos 3º y 4º del Código Penal; c) El delito por el que se procura el reconocimiento del sustituto no sea susceptible de prohibición legal.*

*Como se puede apreciar, para que el juez reconozca la condición de padre o madre cabeza de familia a un sentenciado, es necesario verificar aparte del cumplimiento de los requisitos legales, la acreditación de una serie de situaciones especiales que rodeen a la o a las personas que se supone tiene a su cargo quien solicita el beneficio, es por ello, que con el ánimo de dar claridad sobre este asunto, la Corte Constitucional en sentencia de unificación SU-389 de 2005, de la que fuera ponente el Magistrado Dr. Jaime Araujo Rentería, dijo que para tales fines era necesario que:*

*“(i) Que sus hijos propios, menores o mayores discapacitados, estén a su cuidado, que vivan con él, dependan económicamente de él y que realmente sea una persona que les  brinda el cuidado y el amor que los niños requieran para un adecuado desarrollo y crecimiento; que sus obligaciones de apoyo, cuidado y manutención sean efectivamente asumidas y cumplidas, pues se descarta todo tipo de procesos judiciales y demandas que se sigan contra los trabajadores por inasistencia de tales compromisos. (ii) Que no tenga alternativa económica, es decir, que se trate de una persona que tiene el cuidado y la manutención exclusiva de los niños y que en el evento de vivir con su esposa o compañera, ésta se encuentre incapacitada física, mentalmente o moralmente, sea de la tercera edad, o su presencia resulte totalmente indispensable en la atención de hijos menores enfermos, discapacitados o que médicamente requieran la presencia de la madre. (iii) Lo anterior, sin perjuicio de la obligación que le asiste de acreditar los mismos requisitos formales que la Ley 82 de* 1993 le impone a la madre cabeza de familia para demostrar tal condición.”

*Así las cosas, es claro que para conceder una sustitución de la prisión intramural por prisión domiciliara bajo la figura de padre cabeza de familia, es necesario realizar una valoración integral sobre la situación actual en que se encuentran las personas que dice tener a su cargo o bajo su cuidado el condenado; y si bien es cierto que dentro del paginario existen unas declaraciones extra juicio (fls. 38 a 40) en donde se da* cuenta de que era el señor JESÚS ANTONIO, quien hasta antes de su reclusión, la persona que con su trabajo como vendedor ambulante de tintos y aromáticas, se hacía cargo económicamente de sus progenitores quienes son personas de avanzada edad, también es claro que no existe nada más que dé cuenta sobre tal situación, en especial, se echa de menos dentro del paginario, el informe de visita de trabajadora social al lugar de residencia de los padres del procesado, lo cual resulta de vital importancia a fin de lograr una verificación tanto de sus condiciones socioeconómicas, como aquellas locativas y de seguridad bajo las cuales podría estar allí el procesado de serle concedido su pedido.

En ese orden de cosas, encuentra la Sala que la información existente dentro del presente asunto no es suficiente para poder afirmar sin dubitación alguna, que se evidencia la necesidad de que al señor ÁLVAREZ RÍOS se le conceda lo pedido, a fin de que pueda continuar ejerciendo el cuidado de sus progenitores.

Basta lo anterior para concluir que la decisión objeto de alzada será confirmada, pero por las razones aquí expuestas...”

En virtud de lo manifestado en precedencia, la Sala Penal del TS de Pereira,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión proferida el 28 de enero de 2019, por el Juzgado 4º Penal del Circuito de Pereira, por medio de la cual se negó la prisión domiciliaria solicitada a favor del procesado JEEO, en lo que fue objeto de impugnación.

SEGUNDO: ORDENAR la devolución del expediente a su juzgado de origen, y declarar que en contra la presente decisión no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

1. Cfr sentencia SU-388 de 2005. [↑](#footnote-ref-1)
2. Dicha normatividad derogó los requisitos subjetivos, los cuales fueron reemplazados por la acreditación del arraigo del Procesado. [↑](#footnote-ref-2)
3. Aquí se hace necesario que la sentencia se encuentre ejecutoriada y se esté descontando la pena, siendo el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad la autoridad competente para la concesión de este beneficio. [↑](#footnote-ref-3)
4. Es de resaltar que esta es la única modalidad de la prisión domiciliaria que además de un análisis objetivo requiere de uno de tipo subjetivo para su procedencia, en atención a que las apreciaciones subjetivas para la concesión de la susodicha pena sustitutiva fueron abrogadas a partir de la entrada en vigencia de la Ley # 1.709 de 2.014. [↑](#footnote-ref-4)