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 / MADRE CABEZA DE FAMILIA / EXTENSIBLE AL HOMBRE / SENTENCIA C-964 DE 2003 / DEFINICIÓN LEGAL / REQUISITOS / TENER LA RESPONSABILIDAD PERMANENTE DEL HIJO MENOR DE EDAD / ESTAR ÉSTE EN ABANDONO ABSOLUTO.**

… la inconformidad de la recurrente va encaminada al no otorgamiento de la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia en favor del señor CMLA y al respecto debe indicarse que el artículo 1° de la Ley 750 de 2002 dice lo siguiente: “La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá, cuando la infractora sea mujer cabeza de familia, en el lugar de su residencia…

Tal norma se hace extensible a los hombres que se consideran jefes de hogar, como así lo plasmó la Corte Constitucional en la sentencia C-964/03…

… la Corte Constitucional en sentencia T-003/18, indicó que tal condición se acredita cuando la persona: “(i) tiene la responsabilidad permanente de hijos menores o personas incapacitadas para trabajar, (ii) no cuenta con la ayuda de otros miembros de la familia y (iii) su pareja murió, está ausente de manera permanente o abandonó el hogar y se demuestra que esta se sustrae del cumplimiento de sus obligaciones…

… para que una persona sea considerada como padre cabeza de familia, se debe acreditar que en efecto se está ante el presupuesto de “abandono absoluto” en que se deba hallar la prole o personas desvalidas del medio familiar, como predicado indispensable para la prosperidad del sustituto, lo que en este caso no se presenta. (…)

No puede perderse de vista que la sustitución de la prisión intramural por la domiciliaria tiene como norte la protección de los derechos de quien se halla en debilidad manifiesta, en donde se haga urgente y necesaria la presencia de quien está privado de la libertad para que les brinde el cuidado que requieren, sin que en este evento ello se avizore…

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**PEREIRA-RISARALDA**

**RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

**SALA de decisión PENAL**

Magistrado Ponente

**CARLOS ALBERTO PAZ ZÚÑIGA**

Pereira, dieciocho (18) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

 Acta de Aprobación N° 498

 Hora: 8:30 a.m.

1.- VISTOS

Desata la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada del señor **CMLA**, contra el auto interlocutorio proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Conocimiento de esta capital, por medio del cual le negó la concesión de la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia.

2.- antecedentes

El señor **CMLA**,fue condenado por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de esta ciudad en noviembre 16 de 2022, a la pena principal de 108 meses de prisión, como autor responsable del delito de Actos sexuales con menor de catorce años, y al mismo le fue negada la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, decisión contra la cual se interpuso recurso de apelación.

El declarado penalmente responsable, por medio de su apoderada elevó solicitud al despacho a quo, por medio de la cual solicitó la sustitución de la prisión intramural por la domiciliaria, por ostentar la calidad de padre cabeza de familia de conformidad con lo previsto en la Ley 750/02. Para el efecto en síntesis argumenta lo siguiente:

**(i)** es necesario que prime el interés superior de su hijo menor discapacitado JDLG, quien, a causa de su privación de la libertad, no ha podido asistir a controles y citas médicas, conllevando esto a un retroceso en su salud física y mental; **(ii)** siempre fue un padre presente hasta que lo privaron de la libertad, no solo de su hijo biológico, sino de tres (3) hijos de su compañera, al punto que es al único que reconocen como padre, pues siempre han dependido de él, afectiva, emocional y económicamente; **(iii)** La madre del menor lo abandonó desde que tenía dos (2) años, y de ella se desconoce su paradero; **(iv)** no obstante, que su compañera permanente tiene (3) hijos de otro padre biológico, además del menor discapacitado que tiene con ella, también tienen una hija de catorce (14) meses la que necesita cuidado y protección; **(v)** a pesar de que ella pidió apoyo a la Alcaldía de su municipio y se le brindó un techo para refugiarse con los cinco (5) menores, actualmente vive de la caridad publica, porque aunque es una mujer joven, que no sufre ninguna enfermedad, tiene bajo su cuidado y protección a sus hijos menores, no contando con familia extensa que le preste el apoyo requerido; **(vi)** su única familia es una hermana que vive en República Dominicana hace diez (10) años, que no trabaja, razón por la cual ella no puede hacerse cargo del menor, y un hermano miembro activo de la Policía Nacional, que vive en la ciudad de Bogotá, lo que hace imposible tener a su sobrino bajo su cuidado; **(vii)** no obstante que en múltiples oportunidades se solicitó una visita socio familiar al ICBF y a comisarías de familia, no fue posible que esta se agendara por no mediar una orden judicial, por lo que se solicitó la visita a la trabajadora social LORENA RIVERA VALENCIA, con T.P 285411004-1, quien hace parte de la planta de empleados de la comisaria de familia de Apia, Risaralda, para que realizara el informe con la metodología del ICBF, pero de manera particular, informe que fue allegado a esta solicitud del cual se puede extraer la situación del menor discapacitado, sus hermanos todos menores de edad y el de la madre y cuidadora MARIA ALEJANDRA GIRALDO.

Mediante auto de diciembre 09 de 2022, el despacho **negó** la sustitución de la prisión intramural por la domiciliaria a favor del señor CMLA, con fundamento en lo siguiente:

Si bien es cierto, el hijo menor de **CMLA** de iniciales JDLG padece “parálisis cerebral espástica, impulso sexual excesivo y testículo no descendido, unilateral” y requiere de cuidados y atenciones especiales, así como de acompañamiento permanente, tal como da cuenta el reporte de discapacidades emitido el 23 de junio de 2022, también lo es, que la señora MARÍA ALEJANDRA GIRALDO ZULETA -compañera permanente del sentenciado- le puede brindar tanto a él, como a sus hijos los cuidados que requieren y velar por su digna subsistencia, mientras que el penalmente responsable cumple con la sanción impuesta como consecuencia de haber trasgredido las normas penales. Lo anterior, toda vez que cuenta con los ingresos económicos que se lo permiten, mismos que provienen de ingreso solidario, como beneficiaria de él, y de la red vecinal, que le permiten solventar las necesidades, así sea de manera precaria.

La progenitora de los menores se encuentra en edad productiva para ejercer actividades laborales que permitan mejorar las condiciones de calidad de vida de sus hijos, sumado a ello, tiene las herramientas legales para exigir que el progenitor de sus otros hijos, cumpla con las obligaciones que le asisten.

En relación con la red familiar por parte del señor CMLA, se adujo que cuenta con dos hermanos, uno de ellos, vive en el país y actualmente está laborando, por lo que, como familia extensa, le puede brindar ayuda, ya que le asiste el deber de velar por sus sobrinos.

Por último, refiere que las faltas de atención en salud que ha tenido el menor con ocasión de la privación de la libertad del señor **CMLA**, no constituyen una razón suficiente para que le sea concedido el beneficio deprecado, porque las historias clínicas allegadas no permiten advertir que en efecto aquel ha tenido un debido acompañamiento de su parte, ya que las mismas son bastantes espaciadas en cuanto a tiempo e incompletas.

3.- RECURSO

Inconforme con el proveído adoptado, la apoderada del sentenciado, dentro del término de ley, interpuso recurso de apelación por medio del cual pide la revocatoria de tal determinación y que se le conceda a su prohijado la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia. Para tal efecto expuso:

Contrario a lo esgrimido en el fallo, considera que con las declaraciones extra proceso allegadas con la solicitud inicial, se encuentra probado que el menor JDLG, fue abandonado por su madre cuando este tenía solo dos (2) años de edad, recayendo toda la responsabilidad de su sostenimiento sobre su padre.

No solo dependen del penalmente responsable su hijo discapacitado, sino tres (3) menores hijos de su compañera sentimental, situación que está sustentada y probada con los registros civiles de los menores, quienes, ni siquiera fueron reconocidos por su padre biológico y que el señor **CMLA**, acogió como suyos, además, de una hija de 14 meses de ambos, también menor de edad con dependencia económica, afectiva, emocional y social.

No existe rastro del paradero de la progenitora biológica del menor JDLG, a pesar que se ha buscado por redes sociales y el hermano del señor **CMLA**, que hace parte de la Policía Nacional ha estado averiguando sobre su paradero para colocarla al tanto de dicha situación, no se ha tenido ninguna noticia.

Si bien es cierto existe un tío paterno, que vive en la ciudad de Bogotá, que es miembro activo de la Policía Nacional, también lo es que su trabajo no depende de él, sino del estamento Institucional, que deben tener la maleta lista para ir trasladados a cualquier parte del país, no siendo esta la persona indicada para andar con un menor en las condiciones físicas y mentales en que se encuentra JDLG.

En cuanto a su compañera sentimental, si bien resulta lógico que puede trabajar, también lo es que es una mujer vive de la caridad publica, pues ante la imposibilidad de trabajar por estar al cuidado de los 5 menores, entre ellos un discapacitado, requiere de tiempo completo para brindarles la atención y cuidados que requieren.

Está demostrado que el señor **CMLA** siempre fue un padre presente, buen trabajador, una persona ejemplo para la sociedad, dentro de las pruebas allegadas al proceso, se acreditó que no tiene antecedentes penales, ni siquiera anotaciones que hagan presumir que no puede pagar la condena en su domicilio.

En cuanto a el análisis que hace de la historia clínica es cierto, esta espaciada, pero no porque el menor no haya sido atendido o dejado de ir a los controles médicos, sino porque eso es lo que expidió el operador de salud.

4.- Para resolver, SE CONSIDERA

Se tiene competencia funcional para desatar el recurso de apelación interpuesto contra la decisión por medio de la cual la titular del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pereira (Rda.) negó la solicitud de sustitución de la prisión intramural por la domiciliaria del señor **CMLA**, al considerar que no acreditó ser padre cabeza de familia.

De la situación fáctica ventilada se observa que la inconformidad de la recurrente va encaminada al no otorgamiento de la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia en favor del señor **CMLA** y al respecto debe indicarse que el artículo 1° de la Ley 750 de 2002 dice lo siguiente: “La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá, cuando la infractora sea mujer cabeza de familia, en el lugar de su residencia o en su defecto en el lugar señalado por el juez en caso de que la víctima de la conducta punible resida en aquel lugar, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: Que el desempeño personal, laboral, familiar o social de la infractora permita a la autoridad judicial competente determinar que no colocará en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo, hijos menores de edad o hijos con incapacidad mental permanente”.

Tal norma se hace extensible a los hombres que se consideran jefes de hogar, como así lo plasmó la Corte Constitucional en la sentencia C-964/03, al estudiar la demanda formulada contra algunos de los artículos contenidos en la Ley 89/93, donde dispuso que “[…] los beneficios establecidos en dichos artículos a favor de las personas dependientes de la mujer cabeza de familia se harán extensivos a los hijos menores y a los hijos impedidos dependientes del hombre que, de hecho, se encuentre en la misma situación que una mujer cabeza de familia […]”.

Como debe dilucidarse si el acá procesado tiene la condición de madre cabeza de familia, es indispensable la remisión al artículo 1º de la Ley 1232 de 2008, modificatoria de la Ley 82 de 1993, que prescribe: “[…] 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**” -resaltado fuera del texto-

Igualmente la Corte Constitucional en sentencia T-003/18, indicó que tal condición se acredita cuando la persona: “(i) tiene la responsabilidad permanente de hijos menores o personas incapacitadas para trabajar, (ii) **no cuenta con la ayuda de otros miembros de la familia** y (iii) su pareja murió, está ausente de manera permanente o abandonó el hogar y se demuestra que esta se sustrae del cumplimiento de sus obligaciones, o cuando su pareja se encuentre presente pero no asuma la responsabilidad que le corresponde por motivos como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental”. -negrilla de la Sala-

De las normas y jurisprudencia en comento, se desprende que para comprobar si se ostenta la condición de madre o padre cabeza de familia, se debe verificar que: (i) se tenga hijos menores de edad o en situaciones de debilidad manifiesta por incapacidad permanente; (ii) los descendientes hayan estado bajo su cuidado de manera permanente, por ausencia del cónyuge o compañero, o la ausencia de ayuda de los demás miembros del grupo familiar; y (iii) que el desempeño personal, laboral, familiar o social del procesado permita a la autoridad judicial competente establecer que no pondrá en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo, hijos menores de edad o descendientes con incapacidad mental permanente.

Precisamente para dilucidar si en cabeza del acá sentenciado se cumplen tales requisitos, por parte de la funcionaria de primer nivel se tuvo en consideración tanto el informe de visita socio familiar que fue aportado en la solicitud realizado por la trabajadora social Lorena Rivera Valencia, como los anexos que comprobaban las condiciones del hogar donde residía el señor **CMLA** con su menor hijo JDLG -que desde ahora valga decir que en efecto se acreditó el vínculo de parentesco con el registro civil de nacimiento que se arrimó al expediente-, su hija de iniciales DMLG, su compañera permanente, y los tres hijos de esta.

Para la Corporación y en consonancia con lo referido por la funcionaria de primer nivel, se observa que el reporte de la visita socio familiar arroja información suficiente en el sentido que JDLG y los demás menores que habitan en el hogar, no se encuentran en estado de abandono y desprotección. Y si bien es cierto, debería ser la familia extendida del acá sentenciado quien se hiciera cargo del menor discapacitado, ello fue dejado en manos de una particular, en este caso la compañera permanente del aquí declarado penalmente responsable, que ha procurado la protección integral tanto de este niño, como de sus otros hijos menores, así lo evidenció la Trabajadora Social en el informe allegado al despacho de primer nivel como respaldo de la solicitud que fue incoada.

Y es que no obstante lo esgrimido por la apoderada del sentenciado, para que una persona sea considerada como padre cabeza de familia, se debe acreditar que en efecto se está ante el presupuesto de “abandono absoluto” en que se deba hallar la prole o personas desvalidas del medio familiar, como predicado indispensable para la prosperidad del sustituto, lo que en este caso no se presenta.

Y en este punto, resulta valido resaltar por parte de esta Corporación, una situación que llama poderosamente atención, y es el hecho que en la solicitud inicial que fue incoada por la profesional derecho, se hizo alusión a que; -es necesario que prime el interés superior de su hijo menor discapacitado JDLG, quien, a causa de su privación de la libertad, no ha podido asistir a controles y citas médicas, conllevando esto a un retroceso en su salud física y mental- sin embargo, en los argumentos ofrecidos en el recurso de alzada afirmó lo siguiente; -en cuanto al análisis que hace de la historia clínica es cierto, esta espaciada, **pero no porque el menor no haya sido atendido o dejado de ir a los controles médicos, sino porque eso es lo que expidió el operador-** una evidente contradicción que no puede ser pasada por alto, máxime que como acertadamente lo señaló la a quo, de las historias clínicas allegadas no se permite advertir que en efecto el menor ha tenido un debido acompañamiento por parte de su progenitor, siendo claras las manifestaciones de la recurrente, cuando dijo **que el menor nunca ha dejado de ir a los controles médicos.**

No puede perderse de vista que la sustitución de la prisión intramural por la domiciliaria tiene como norte la protección de los derechos de quien se halla en debilidad manifiesta, en donde se haga urgente y necesaria la presencia de quien está privado de la libertad para que les brinde el cuidado que requieren, sin que en este evento ello se avizore, como tampoco el presupuesto de “abandono absoluto” en el que se deben encontrar las personas desvalidas del medio familiar, no solo en el aspecto económico sino también en el afectivo, y en aras de proteger los derechos que a estos les asisten se concede el beneficio. Pero en este caso, el menor se encuentra bajo el cuidado permanente de la compañera sentimental del sentenciado, quien vela, no solo por su cuidado integral sino por el de sus demás hijos, lo que de entrada hace inviable la concesión del sustituto que se deprecó en su favor.

No duda la Sala de la difícil situación que padece del menor JDLG por las complicaciones en su estado de salud en donde inclusive necesita el acompañamiento directo y requiere de cuidados y atenciones especiales, tal como da cuenta el reporte de discapacidades emitido en junio 23 de 2022, pero ello *per se*, no es suficiente para considerar como viable que el señor **CMLA** pueda ser considerado como padre cabeza de familia, y lo dicho se itera, por cuanto en primer lugar el menor JDLG no se encuentra en situación de abandono y desprotección por el hecho de que su progenitora biológica de acuerdo a la información arribada al proceso, lo haya abandonado, antes por el contrario, cuenta con un hogar que lo ha acogido y donde se le brindan los cuidados y se procura por la protección de sus derechos fundamentales, pues así quedo evidenciado en el informe de visita sociofamiliar en donde se plasmó lo siguiente; -por tal razón, la señora María Alejandra, realiza sus actividades diarias, que implican, bañarlo, asearlo, vestirlo, darle de comer y trasladarlo por los diferentes espacios, así como las diversas necesidades a nivel, físico y biológico que requiere todo ser humano.-

De ese modo, aunque no puede desconocerse las posibles afectaciones emocionales que el menor ha sufrido a raíz de la privación de la libertad de su progenitor, tal situación es la consecuencia lógica de su incursión en los linderos del Código Penal, al no comprender lo que ello podría conllevar a sus familiares más cercanos, en especial a sus descendientes.

Como puede apreciarse, ni el menor JDLG, ni los demás menores que conforman el hogar del declarado penalmente responsable respecto del cual se reclama el beneficio de la prisión domiciliaria, se encuentran desprotegidos, pues cuentan con el apoyo de la señora MARIA ALEJANDRA GIRALDO, progenitora de cuatro de ellos, quien vela por su cuidado y protección, y quien además es una persona joven, que tiene todas sus capacidades físicas y mentales para generar ingresos que le permitan sobrellevar el escenario generado con la detención del ciudadano **CMLA**.

Por lo anterior, considera la Sala, que fue acertada la motivación esgrimida por la funcionaria de primer nivel, en el sentido que el caso concretono colma las exigencias legales para que el procesado acceda a la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia, por cuanto ello no fue debidamente acreditado. En ese orden, se confirmará la providencia objeto de alzada.

5.- DECISIÓN

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), en Sala de Decisión Penal, **CONFIRMA** el auto interlocutorio proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pereira (Rda.), por medio del cual se negó la sustitución de la prisión intramural por la domiciliaria que se reclama en favor del señor **CMLA.**

Contra la presente providencia no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**CARLOS ARTURO PAZ ZÚÑIGA**

Magistrado

**JULIÁN RIVERA LOAIZA**

Magistrado

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

Con ausencia justificada