

**DESCRIPTOR:** *Prisión domiciliaria*

**RESTRUCTOR:** *Sustitución prisión intramuros*  
*Madre cabeza de familia*

**TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**  
**SALA PENAL**

Magistrado Sustanciador:  
**Santiago Apráez Villota**  
Aprobada Acta No. 147.

Medellín, septiembre seis (6) de dos mil diecisiete (2017).

Mediante sentencia anticipada del pasado treinta (30) de junio, la Juez 2º Penal del Circuito de Bello declaró penalmente responsable del delito de tráfico de estupefacientes agravado a María Elda Flórez Rojo y, entre otras determinaciones, le negó la sustitución de la prisión intramuros por domiciliaria como madre cabeza de familia.

Esta última decisión fue apelada por el defensor, por lo que la Sala se apresta a desatar la alzada.

**ANTECEDENTES**

1. María Elda Flórez Rojo fue sorprendida el 5 de marzo de la presente anualidad cuando hacía su ingreso al Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario en posesión de 406.53 gramos de marihuana.

2. En consideración a que en audiencia preliminar la imputada no se allanó a cargos, la actuación pasó con escrito de acusación a conocimiento de la Juez 2º Penal del Circuito de Bello, quien convocó a audiencia de formulación de acusación, a cuyo inicio la delegada de la Fiscalía hizo conocer que había llegado a un preacuerdo con la procesada, en el sentido de admitir ella los cargos formulados por el delito consistente en llevar consigo sustancia estupefaciente (artículo 376 del código penal), agravado por el literal b) del numeral 1º del artículo 384 (la conducta se realizó en establecimiento carcelario), a cambio del degradar la conducta de autora a cómplice y la imposición de una sanción de cincuenta y cuatro (54) meses de prisión, preacuerdo que fue avalado por la funcionaria de conocimiento.

3. En sentencia del pasado 30 de junio la juez condenó a la Flórez Rojo en correspondencia con los cargos formulados y le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la sustitución de la prisión intramuros por domiciliaria, incluso como madre cabeza de familia.

Para negar la sustitución de la prisión intramuros por domiciliaria por esta condición, la juez expresó que no estaba acreditada la condición de madre cabeza de familia de la acusada porque sus menores hijos no habían quedado desprotegidos al estar al cuidado de una hermana de los mismos que el 13 de julio de 2017 cumplió 18 años, además que según lo hizo saber el propio defensor *“cuenta con el apoyo de familiares cercanos, es decir una familia extensa, que conforme a su deber legal pueden cumplir con ese deber corresponsabilidad de protección, además, hay otro aspecto que llama la atención del Despacho y que debe ser objeto de verificación, es que la sentenciada, abandona sin permiso su residencia para laborar en la casa de Luís Alberto Arias...”*. En apoyo citó sentencia de unificación de la Corte Constitucional (SU-388 de 2005).

4. La anterior sentencia fue apelada por el defensor en lo tocante a este último aspecto, recurso que sustentó oralmente en la misma audiencia de lectura, aduciendo que la procesada cumple con la condición de madre cabeza de familia y que la juez olvidó mencionar que en los términos de la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, a la cual se refirió al demandar la prisión sustitutiva, esa condición *“no se limita a un apoyo económico, sino que tiene que ver con el apoyo afectivo, que en este caso la víctima provee a esos menores, obsérvese que en la decisión de instancia se dijo que los menores no estaban en condiciones de abandono, desamparo o separación, pero lo que considera la defensa es que esta decisión, ejecutoriada tal cual se dio, va a dejarlos en condición de desamparo, abandono e indefensión, y que precisamente ese el querer del legislador cuando desarrolló estas figuras como excepciones, para que se evite esta*

*situación que, además, el Estado está en incapacidad económica o presupuestal...”*

Es su pretensión que se revoque la decisión adoptada y se sustituya la prisión intramuros por domiciliaria de su prohibida, en su condición de madre cabeza de familia.

5. En el traslado a los no recurrentes, intervino la representante de la Fiscalía para avalar la decisión adoptada.

### SE CONSIDERA

La Sala es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor contra la sentencia condenatoria y a ello se aplicará atendiendo, además, al interés que les asiste para demandar su pretensión en torno a la prisión domiciliaria.

En punto de la sustitución de la prisión intramuros por domiciliaria como madre cabeza de familia, que fue la única causal invocada por el togado, el numeral 5º del artículo 314 del código de procedimiento penal, en armonía con el artículo 461 ejusdem, exige como requisito que el acusado (a) sea padre o madre cabeza de familia de hijo menor o que sufra incapacidad permanente, siempre y cuando haya estado bajo su cuidado.

En otras palabras, la posibilidad de acceder a la prisión domiciliaria como padre o madre cabeza de familia a partir de las disposiciones más benignas que regulan la materia (Ley 906 de 2004, artículo 314-5), está supeditada, entonces, 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.

A voces de la Corte Constitucional<sup>1</sup>, el concepto 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 o, 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”.*

La misma Corporación extendió ese derecho<sup>2</sup> a los hombres que se encuentren en igual situación de hecho que una mujer cabeza de familia.

La persona que aduzca esa calidad deberá acreditar que está a cargo del cuidado de los niños –o de persona incapaz o incapacitada mayor de edad–, que su presencia en el seno familiar es necesaria porque los menores o la persona dependen de ella no solo económicamente sino en cuanto a su salud y cuidado, y es de su exclusiva responsabilidad el sostenimiento del hogar; por tanto, que la medida se hace necesaria para garantizar la protección de los derechos de los niños e incapacitados y no simplemente una excusa para evadir el cumplimiento de la pena en el sitio de reclusión.

El interés superior del niño, es el criterio que debe guiar al juez al momento de examinar la viabilidad del beneficio. Por tanto, una vez establezca la condición de madre o padre cabeza de familia, según el caso, es ineludible examinar la concreta situación del menor, el grado de desprotección o desamparo por ausencia de otra figura paterna o familiar que supla la presencia del progenitor encargado de su protección, cuidado y sustento.

---

<sup>1</sup> Cfr sentencia SU-388 de 2005.

<sup>2</sup> Cfr sentencias C-184 y 964 de 2003.

Adicional a lo anterior, la alta Corporación insiste *“que el interés superior del menor es el criterio final que debe guiar al juez en el estudio de la viabilidad del beneficio de la detención domiciliaria. Por ello, la opción domiciliaria tampoco puede ser alternativa válida cuando la naturaleza del delito por el que se procesa a la mujer cabeza de familia, o al padre puesto en esas condiciones, ponga en riesgo la integridad física y moral de los hijos menores. Así las cosas, si la madre o el padre cabeza de familia son procesados por delitos contra la integridad del menor o la familia, por ejemplo, acceso carnal abusivo, el juez de garantías estaría compelido a negar la detención domiciliaria, pues la naturaleza de la ofensa legal sería incompatible con la protección del interés superior del menor.*

*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..”<sup>5</sup>.*

Por lo anterior, en palabras de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, es menester que el juez competente para determinar la procedencia o no del beneficio de la prisión domiciliaria, luego de considerar los requisitos objetivos que consagra la norma procedimental penal, realice un análisis concienzudo y mediante un ejercicio de ponderación, verifique el cumplimiento de todas las circunstancias fácticas que rodean la solicitud, consistentes en: *«i) el interés superior del menor, ii) la gravedad de la conducta que lesionó el bien jurídico tutelado, iii) la situación de indefensión en que pueda verse abocado el niño o adolescente y iv) la garantía de que el beneficiado no vaya a evadir la justicia.”* (Ver CSJ STP, 6 de agosto de 2013, Rad. 68.224 y CSJ STP, 14 de mayo de 2013, Rad. 66.744).

En este caso concreto, el defensor expone su inconformidad con lo decidido por la juez aduciendo que la condición de madre cabeza de familia no se limita a *“un apoyo económico, sino que tiene que ver con el apoyo afectivo, que en este caso la víctima –sic – provee a esos menores; obsérvese que en la decisión de instancias se dijo que los menores no estaban en condiciones de abandono, desamparo o separación, pero lo que considera la defensa es que esta decisión, tal cual se dio, va a dejarlos en condición de desamparo, abandono e indefensión, y fue precisamente ese el querer del legislador cuando desarrolló estas figuras como excepciones, para que se evite esa situación, además el Estado está en incapacidad económica o presupuestal”*.

No obstante, la deficiencia de los argumentos del recurrente, que conducirían a declarar desierto el recurso de apelación por indebida sustentación, pues en

---

<sup>5</sup> ver Sentencia SU-388 de 2005. M.P Clara Inés Vargas Hernández-

el fondo no controvierte directamente el argumento que esgrimió la juez para negar la prisión sustitutiva –en el sentido que no existe una deficiencia sustancial de ayuda de otros miembros de la familia, como que los menores de edad están al cargo de la hija mayor de la procesada–, si aquello que sugiere es que aun aceptando ello –incluso porque el defensor admite que estando privada la procesada de su libertad debió recibir el apoyo de terceras personas– es el apoyo afectivo de la madre frente a sus hijos lo que cuenta, dígame en respuesta a ese argumento que resulta equivocado, pues aquello que jurisprudencialmente se ha dicho es que uno de los requisitos para que proceda la sustitución deprecada es que “*que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre...*”, lo cual resulta independiente de que la madre o padre cabeza de familia provea económica o moralmente a sus menores hijos.

En ese sentido debe señalarse que la privación de la libertad de una persona acarrea limitaciones en los órdenes afectivo y económico de los demás integrantes de su hogar, pues el alejamiento de un ser querido lleva siempre implícitas repercusiones en esos órdenes, pero no es eso lo que cuenta frente a la sustitución pretendida, como quiera que es la ausencia definitiva de cualquier persona adulta del núcleo familiar aquello que se debe tener en cuenta por el operador al momento de entrar a definir al respecto; y por lo que se tiene, aquello que informa la actuación es que en este caso al menos se cuenta con la figura de la hermana mayor de los menores, madre incluso de uno de ellos, quien puede estar al cuidado de todos, si es que no se cuenta con otra figura familiar.

Por esa potísima razón se impartirá confirmación a la decisión adoptada.

Sin otras consideraciones, esta Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### RESUELVE:

Confirmar la sentencia emitida por la Juez 2º Penal del Circuito de Bello (Antioquia) el pasado treinta (30) de junio en contra de María Elda Flórez Rojo en lo que fue materia de apelación.

Contra esta sentencia procede el recurso extraordinario de casación.

Segunda instancia 2017-01591 (057-2017)  
María Elda Flórez Rojo

A su ejecutoria, regrese la actuación al juzgado de origen para lo de su cargo, una vez realizada la audiencia de lectura de esta providencia donde se procederá a su notificación en estrados.

**CÚMPLASE.**

**SANTIAGO APRÁEZ VILLOTA**  
Magistrado

**ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ**  
Magistrado

**LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO**  
Magistrado