



SALA PENAL

FICHA DE REGISTRO	
Radicación	05 001 60 00248 2019 00777
Acusados	Dora Patricia González Monsalve y otros
Delitos en concurso (Art. 31 CP)	Concierto para Delinquir Agravado Tráfico, fabricación o porte estupefacientes
Juzgado <i>a quo</i>	Tercero (3°) Penal del Circuito Especializado de Medellín, Antioquia.
Hechos	Entre el 23 de mayo de 2019 y 20 de febrero de 2020
Asunto	Apelación de sentencia proferida en trámite de audiencia de preacuerdo
Consecutivo	SAP-S-2022-006
Aprobado por Acta	N° 086 del 26 de abril de 2022
Audiencia de exposición	Miércoles 27 de abril de 2022, hora 2:00 pm
Decisión	Se confirma en su integridad sentencia condenatoria
Descriptor	Madre cabeza de familia
Restrictor	Prisión domiciliaria
Magistrado Ponente	NELSON SARAY BOTERO

Medellín, Antioquia, abril veintisiete (27) de dos mil veintidós (2022)

1. ASUNTO

Se dicta sentencia de segunda instancia en el proceso adelantado en contra de DORA PATRICIA GONZALEZ MONSALVE y otros.

2. IDENTIFICACIÓN DE LOS ACUSADOS

Es la ciudadana DORA PATRICIA GONZALEZ MONSALVE, identificada con la cédula de ciudadanía N° 32'206.323 expedida en Medellín, Antioquia; nacida el 21 enero 1982 en Angostura, Antioquia; hija de Rosa Ema y Pedro Julio; residente en la carrera 31 N° 102C-102 Barrio Santo Domingo, Medellín, Antioquia. **(Actualmente en detención domiciliaria)**

Es el ciudadano EDGAR ALBERTO GONZALEZ MONSALVE, identificado con cédula de ciudadanía número 71.793.002, expedida en Medellín, Antioquia nacido

en Yarumal el 5 octubre de 1978, hijo de Rosa y Pedro Julio; residente en la carrera 31 N° 102-C-102 Barrio Santo Domingo, Medellín, Antioquia.

Es la ciudadana GLORIA MARGARITA CARDONA MEJIA, identificada con la cédula de ciudadanía N° 43'707.210 expedida en Amagá, Antioquia; nacida en este mismo municipio el 21 enero 1968; hija de Rosa Ema y Pedro Julio; residente en la carrera 31 N° 102-C-102 Barrio Santo Domingo, Medellín, Antioquia.

Es la ciudadana MARTHA GALIA PARRA CASTAÑEDA, identificada con la cédula de ciudadanía N° 1'010.023.194 expedida en Medellín, Antioquia; nacida el 18 junio 1981 en Atrato, Chocó; hija de Gladys y Jesús; residente en la calle 56 N° 54-84, Hotel Medellín Plaza, habitación 313, Medellín, Antioquia.

Es el ciudadano DUVAN ANDRES ZAPATA TABORDA identificado con cédula de ciudadanía número 1.017.249.582, expedida en Medellín, Antioquia nacido en esta misma ciudad el 19 agosto de 1995, hijo de Erika Yulieth y Bertulio; sin datos de residencia. Teléfonos: 3226113535 y 3102951637.

Es el ciudadano ANDRÉS JULIAN QUINCHIA GOMEZ, identificado con cédula de ciudadanía número 1'000.454.694, expedida en Envigado, Antioquia nacido en Bogotá D.C., el 5 diciembre de 1997, hijo de Diana Patricia y Pedro Julio; sin datos de residencia. Teléfono: 3044489596.

Es el ciudadano CRISTIAN CAMILO MARTINEZ MANCO, identificado con cédula de ciudadanía número 1.017.279.037, expedida en Medellín, Antioquia nacido en esta misma ciudad el 4 noviembre de 1999, hijo de María Solangy Martínez Marqués; residente en la calle 59 N° 69-42, Barrio La Iguaná, Medellín, Antioquia. Teléfono: 3057681837.

Es el ciudadano SEBASTIAN GARCIA DAVID, identificado con cédula de ciudadanía número 1.000.653.840, expedida en Itagüí, Antioquia nacido en Medellín el 21 abril de 2000, hijo de Edilsa María y Álvaro; sin ningún otro dato de ubicación.

Es el ciudadano ANGEL ADOLFO ANDRADE UPEGUI, identificado con cédula de ciudadanía número 9.726.364, expedida en Armenia, Quindío, nacido en Palmira, Valle, el 10 abril de 1980, hijo de María y Ángel; habitante en situación de calle.

3. HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Mediante información del CDA-123 se conoció que en la Avenida de Greiff sector céntrico de la ciudad de Medellín, funcionaba un expendio de estupefacientes, situación confirmada mediante labores investigativas, orden de vigilancia de cosas (12 de marzo de 2019), actuación de agente encubierto (18 de septiembre de 2019), 53 entrevistas recibidas a compradores de sustancias estupefacientes, 02 hallazgos de sustancias estupefacientes, 45 compras de sustancias adquiridas por el agente encubierto, videos, fotografías, entre otros actos investigativos, donde se confirmó la existencia de una organización delincriminal denominada LA TERRAZA que bajo el mando de EDGAR ALBERTO GONZALEZ MONSALVE coordinador del punto de venta, se dedicaba al microtráfico.

Así mismo, se supo que entre el 23 de mayo de 2019 y 20 de febrero de 2020, en la carrera 54 (Cúcuta) entre las calles 56 (Zea) y 57 (La Paz), sector conocido como

la “*olla de los locos*” o “*Bronx*” del barrio Estación Villa, comuna 10, centro de la ciudad de Medellín, Antioquia, operaba la mencionada organización, cuyos integrantes tenían diferentes roles como coordinadores, vendedores, orientadores de compradores y campaneros, dedicados a la venta de marihuana, cocaína y sus derivados, en pequeñas cantidades, bajo la modalidad de microtráfico.

Dicha actividad la realizan las 24 horas del día, los 7 días de la semana, invadiendo la vía pública con cambuches que construían con palos, tubos, bolsas plásticas de color negro, allí permanecían unos o dos vendedores sentados en sillas, evadiendo así ser captados por las cámaras de seguridad del sector en cercanías de las siguientes instituciones: Institución Educativa Bethesda, ubicada en la calle 56 #54-26 Medellín, Antioquia, a escasos 200 metros del sitio del expendio; Institución San Benito, ubicada en la carrera 56 # 55-A-25 de Medellín, a dos cuadras donde funciona la plaza de vicio y en las canchas sintéticas, ubicadas en la calle 56 # 53-21, Barrio Estación Villa de Medellín, a escasos 50 metros del sitio del expendio.

También se estableció que hacían parte de la banda delincencial DORA PATRICIA GONZALEZ MONSALVE, GLORIA MARGARITA CARDONA MEJIA, MARTHA GALIA PARRA CASTAÑEDA, DUVAN ANDRES ZAPATA TABORDA, ANDRES JULIAN QUINCHIA GOMEZ, CRISTIAN CAMILO MARTINEZ MANCO, SEBASTIAN GARCIA DAVID y ANGEL ADOLFO ANDRADE UPEGUI, quienes en calidad de vendedores o campaneros, facilitaban el comercio de cripy, bloom, apanados, roca, bazuco, marihuana, etc., en los alrededores de los cambuches donde permanecían gran cantidad de habitantes en situación de calle, consumiendo estupefacientes.

Dichos elementos materiales probatorios y evidencia física permitieron advertir que EDGAR ALBERTO GONZALEZ MONSALVE en calidad de coordinador participó en siete (7) eventos de venta de estupefacientes, entre el 31 de mayo de 2019 al 30 de enero de 2020, demostrados a través de las entrevistas rendidas por los compradores y consumidores.

En calidad de campaneros y vendedores está **DORA PATRICIA GONZALEZ MONSALVE** con trece (13) eventos de venta de estupefacientes entre el 27 de mayo de 2019 al 6 de febrero de 2020; GLORIA MARGARITA CARDONA GARCIA con trece (13) eventos de venta de estupefacientes, entre el 8 de octubre de 2019 al 30 de enero de 2020; MARTHA GALIA PARRA CASTAÑEDA con quince (15) eventos de venta de estupefacientes entre el 16 de octubre de 2019 al 6 de febrero de 2020; DUVAN ANDRES ZAPATA TABORDA con trece (13) eventos de venta, entre el 11 de noviembre de 2019 al 15 de febrero de 2020; ANDRES JULIAN QUINCHIA GOMEZ en dieciséis (16) eventos de venta de estupefacientes, entre el 7 de octubre de 2019 al 6 de febrero de 2020; CRISTIAN CAMILO MARTINEZ MANCO en ocho (8) eventos de venta de estupefacientes, entre el 16 de enero de 2020 al 6 de febrero de 2020; SEBASTIAN GARCIA DAVID con quince (15) eventos de venta de estupefacientes, entre el 23 de mayo de 2019 y el 16 de enero de 2020; y ANGEL ADOLFO ANDRADE UPEGUI en nueve (9) eventos de venta de estupefacientes, entre el 28 de mayo de 2019 al 15 de febrero de 2020, todo ello conforme a las entrevistas realizadas a los compradores y los informes de los agentes encubiertos.

El 28 de febrero de 2020, se llevaron a cabo las audiencias preliminares, ante el Juzgado 27 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín.

Se formuló imputación en calidad de autores por los delitos de concierto para delinquir agravado, en concurso homogéneo con tráfico, fabricación o porte de

estupefacientes, Artículo 340 inciso 2° y 3° agravado por el Art. 384-1 del Código Penal.

Se aclaró que a EDGAR ALBERTO GONZALEZ MONSALVE se le imputó el delito de concierto para delinquir en calidad de coordinador del Art. 340 incisos 2° y 3°.

Los imputados no se allanaron a los cargos y se impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario.

La Fiscalía radicó escrito de acusación en contra de los procesados.

Posteriormente, la Fiscalía informó a la judicatura que había llegado a un acuerdo con los procesados consistente en degradar su participación de autor a cómplice con rebaja de pena equivalente a 50%.

En el caso de DORA PATRICIA GONZALEZ MONSALVE los términos de la negociación fueron los siguientes:

“acepta los cargos de concierto para delinquir agravado art. 340-2, en concurso con tráfico, fabricación y porte estupefacientes art. 376-2 agravado por el 384-1 literal b (13 eventos), como única contraprestación la degradación de la conducta de autor a cómplice, aceptando una pena de sesenta y siete (67) meses de prisión y multa de 1402 smlmv.

Se partió del delito más grave tráfico de estupefacientes agravado con una pena de 108 meses, se aplica la rebaja del 50% por la complicidad (54) y se aumenta en un mes por cada evento (12) y otro mes por el concierto (67).

En audiencia de individualización y pena, el apoderado de DORA PATRICIA GONZALEZ MONSALVE, doctor JULIO CESAR RIVERA, solicitó la concesión de la prisión domiciliaria aduciendo su condición de madre cabeza de familia, así:

“La única solicitud que va a hacer esta defensa es de acuerdo a la Ley 82 del 93, la Ley 1232 del 2008 y la 750 del 2000, requisitos para ser madre cabeza de familia, así como lo determinara el juez de control de garantías, en sustitución que hiciera este defensor.

Señora Juez el primero de los requisitos que nos trae esas leyes mencionadas es que la persona, o la mujer tenga a cargo la responsabilidad de sus hijos propios u otras personas, sin capacidad de trabajo.

En traslado de los EMP y evidencia física le doy a conocer señora juez que doña DORA PATRICIA GONZALEZ MONSALVE tiene a su cargo la menor MARIA JOSÉ GOMEZ GONZALEZ de 3 años de edad, es hija de DORA PATRICIA GONZALEZ MONSALVE.

Así mismo, de la menor MICHEL JULIANA GONZALEZ GIRALDO, quien es hija de crianza de la señora DORA PATRICIA GONZALEZ y de (se va el audio).

Tengo también copia del acta de conciliación en materia de fijación de cuota alimentaria del señor GILBERTO ADOLFO GOMEZ GARCIA, padre de la menor.

Copia del acta de conciliación en materia de fijación de cuota alimentaria del señor GILBERTO ADOLFO GOMEZ GARCIA, padre de la menor MARIA JOSÉ GOMEZ GONZALEZ, quien no está cumpliendo con la obligación alimentaria, quien es el padre de la menor y se ha abstenido de cumplir con sus obligaciones como padre.

Tengo historia clínica de esa misma menor del Hospital Infantil Concejo de Medellín, la cual presenta convulsiones febriles. En tres folios.

También tengo, señora juez, copia de la otra persona que sería mayor de edad que podría prestar colaboración, pero apenas está terminando sus estudios quien es la señora YULIANA ANDREA JIMENEZ GONZALEZ quien es la persona que de pronto podría prestar ese auxilio a esos menores mientras ella estuviera detenida, pero señora juez, tenemos que la madre cabeza de familia es la señora DORA PATRICIA GONZALEZ MONSALVE y el rol de YULIANA que sería la única persona mayor de edad, el único familiar que pudo encontrar esta defensa que le pudiera ayudar, se encuentra apenas en su etapa formativa y todavía no puede desempeñar un trabajo que le permita sustentar las necesidades básicas de esos menores.

Así mismo señora juez, ese primer requisito se encuentra acreditado no solo en esos registros civiles de nacimiento y en esas actas de conciliación, sino que además en declaración de la señora BLANCA LUZ GOMEZ GARCIA, CRUZ INES MARTINEZ ROJAS y MILARET BENJUMEA SALAZAR; también tengo declaración de la joven YULIANA ANDREA JIMENEZ GONZALEZ.

Y es ella, DORA PATRICIA, la única que puede estar a cargo de ese hogar, de esos menores de forma permanente.

El segundo de los requisitos, es que haya otra persona o que esta responsabilidad sea de carácter permanente; y así lo podemos acreditar, porque es que no hay otro familiar que le pueda prestar esas ayudas a la señora DORA PATRICIA GONZALEZ MONSALVE y usted lo ha de ver en las entrevistas de BLANCA LUZ, CLARA INES y de MILARE y YULIANA, es la única que puede cumplir con esos requisitos.

(interviene la juez).

De la entrevista de la señora BLANCA LUZ GARCIA GOMEZ podemos concluir que conoce a doña DORA y conoce a la joven YULIANA y nos indica que saben quién es la que lleva el sustento económico y nos dice que es la señora doña PATRICIA; y, nos indica que desde que DORA PATRICIA está detenida no han podido tener ninguna otra persona que sea el sustento económico

y que sus vecinos les ayudan económicamente para que estas menores se puedan sustentar.

Nos dice además doña BLANCA que no sabe o no ha visto que reciban ayuda de entidades del municipio o dadivas de alguna empresa y nos dice que la única persona que puede estar a cargo de MARIA JOSÉ es la señora DORA y es una vecina de doña DORA.

También en una entrevista de CRUZ INES MARTINEZ ROJAS podemos extraer señora Juez que nos indica que viven en una casa propia a través de una herencia, quién vive allá, doña DORA con sus hijas menores MARIA JOSÉ, MICHEL JULIANA y YULIANA.

Y nos indica que desde que la conoce el sustento económico de esa casa lo ha llevado la señora DORA y nos dice que doña DORA no tiene marido y es la persona que ha sacado adelante esas hijas menores.

Nos indica que YULIANA que es la otra persona que vive allí, estudia y no tiene trabajo, sabe eso, porque ella la ve que sale con MARIA JOSÉ a vender confites a la calle a veces se para acá en la salida de la Estación del Metro Cable a vender confites para hacer la recarga de la luz y comprar la leche para MARIA JOSÉ, se lleva la niña, porque no tiene con quién u otro familiar que se la cuide, era YULIANA la única persona que podría estar a cargo de ella.

Ahora que se le concedió el beneficio de la domiciliaria, pueden contar con doña DORA en ese hogar, la situación ha cambiado desde que se hizo la entrevista, pues ya el juzgado de control de garantías el que le concedió esa sustitución y ha sido doña DORA la que está cuidando las menores en la casa.

En la entrevista de la señora MILARET BENJUMEA SALAZAR nos indica que la persona que lleva el sustento económico a esa casa es doña DORA, la que lleva las riendas de la casa, porque el papá de la hija menor no responde con nada, DORA es la que merca, paga servicios, paga arriendo y le da el estudio a YULIANA, crió a JULIANA desde que nació porque el papá de JULIANA es un hermano de doña DORA que la abandonó, DORA es la que ha velado por ella. Se le pregunta ¿quién ha llevado la obligación desde que DORA está detenida? Ella dice nadie, porque YULIANA no tiene trabajo, por ahí sale a vender confites en la calle, yo le colaboro con comida y a veces le doy para que haga recargar de la luz.

Finalmente, la entrevista de la joven YULIANA, nos indica que viven en una casa propia de herencia de la abuela ROSA, el padre de mi hermana de 3 años responde como padre, nunca antes, mi mamá lo tiene demandado por alimentos, porque no le ayuda para nada con la niña, yo tengo copia de la demanda que aportamos DORA en contra de YILBER ALONSO en la Comisaria de Familia de Santo Domingo del 2017, desde que la mamá ha sido capturada he sido yo, pero rebuscándomela vendiendo de puerta en puerta confites, yo me llevo a mi hermana MARIA JOSÉ, porque no tengo quién me

la cuide para tener al menos con qué comprar la leche y los pañales a la niña, ya que para mí, aguanto. Muchas veces mis vecinas me regalan comida o alimentos para cocinar. Ella ha estudiado atención integral para la primera infancia y lo estudió en el CENSA, nos indica que su madre nunca ha tenido problemas judiciales.

Mi hermanita se mantiene muy deprimida por mi madre ya que no tengo trabajo y si busco trabajo tengo que dejar de estudiar; además, no tengo con quién dejar a mi hermanita y mucho menos con qué pagar para que cuiden y de eso se encargaba mi mamá, ahora sin ella la estamos pasando muy mal.

Señora juez, esas son las entrevistas que tengo.

La historia clínica nos dice de la patología que padece la menor MARIA JOSÉ, es el psiquiatra en la neurología pediátrica que padece de esas convulsiones.

Aporto la historia clínica, no soy un experto para indicar cuál sería la enfermedad que padece, pero de ahí se desprende que padece esas patologías.

Señora juez, el padre de la menor MICHEL JULIANA, quien es la hija de crianza. ¿por qué tiene una hija de crianza la señora DORA? Aporto el certificado de defunción del padre de la menor MICHEL JULIANA, el cual se encuentra en estos elementos de cuales le daré traslado.

Señora juez, me permito concluir con la enunciación de los EMP que ahora por la pandemia, todos los trabajos y lo que se puede desarrollar o podría desarrollar la señora YULIANA está suspendido por esos efectos.

Continúo, señora juez con los requisitos que nos trae la ley, y aquí el primer requisito es que haya algún familiar que pueda estar a cargo de ellas, la respuesta sería buscando ante toda la familia, los padres, los padres no responden, el de una persona está muerto y el otro está demandado por alimentos.

Segundo, quedaría YULIANA, pero YULIANA apenas es una estudiante que no puede desarrollar su trabajo porque todavía no se ha podido graduar y en este momento se encuentra suspendidas las actividades académicas, porque todavía estamos en un estado de anormalidad.

Señora Juez, el 4° de los requisitos, es que aquí tenemos que sopesar la posibilidad que continúe ella en domiciliaria para garantizar los derechos de los menores vs los derechos a proteger con la imposición de la privación de la libertad con la imposición de una pena de prisión.

Y es que en este caso, señora juez se cumplen cada uno de esos requisitos, hay 3 menores de edad que requieren de esa compañía, si bien la conducta es grave, la conducta, como dijo el legislador no tiene derecho a ningún beneficio, aquí hay que sopesar los

derechos equivalentes a los menores de edad constitucionalmente protegidos vs la imposición de una medida de aseguramiento y detenida en el lugar de residencia, se van a cumplir esos fines constitucionales establecidos por el Legislador al momento de imponer una pena de prisión, ¿cuál es? La resocialización y el reintegro a la sociedad de la señora DORA.

Señora juez, mi representada no tiene ningún antecedente penal, el único antecedente que podríamos establecer es la sentencia que usted el día de hoy puede proferir en contra de ella, pero aparte no tiene ninguna anotación.

Señora juez, si bien el delito puede estar excluido de alguno de los beneficios señalados en la Ley se tiene que hacer ese test de ponderación que le señale ahorita, los derechos prevalentes de los menores vs los derechos de impartir justicia o el derecho de proteger el bien jurídico tutelado sería la salubridad pública.

Estando detenida en esa casa va a estar cumpliendo esos fines.

Señora juez el último de los requisitos que este defensor observa que traen las leyes antes mencionadas es que doña DORA haya tenido un buen desempeño familiar y social y se desprende del traslado que hace el señor Fiscal, pues no tiene ninguna anotación, se ha desempeñado bien; y, tenemos que tener en cuenta señora juez que si ella tomó una mala decisión fue por ayudar a esos menores; y ayudar a esos menores, que no ejecutó ese delito desde su casa que no lo ejecutó desde ese barrio donde está viviendo, lo ejecutó muy aparte del lugar de ese domicilio, es por esto que esta señora una vez cayó en el error decidió colaborar con la justicia, colaboró y aceptó anticipadamente, se allanó a los cargos a través de preacuerdo.

Es por esto que considero que en esta oportunidad se dan todos los requisitos establecidos en las leyes mencionadas, para que se conceda el beneficio en favor de los menores como madre cabeza de familia para la señora DORA PATRICIA GONZALEZ MONSALVE.

Dejo constancia que previo al inicio de la audiencia di traslado de los elementos vía WhatsApp a la señora MARGOTH y así mismo al señor Fiscal y a los otros sujetos procesales, si les puedo escribir por el WhatsApp porque tengo problemas con el internet. (24:17)

(...) JUEZ: son 2 menores

(...)

ABOGADO: dos menores y YULIANA de 19 años

(...)

JUEZ: qué fue lo que me dijo de la familia extendida, o sea de los padres y los hermanos de DORA.

ABOGADO: Frente a los padres, el señor YILBER ADOLFO GOMEZ GARCIA padre de la menor MARIA JOSÉ GOMEZ GONZALEZ no responde por la menor desde el 28 de abril de 2007 se hizo una conciliación por alimentos y hasta el momento no se ha hecho responsable, por esos alimentos.

El padre de la menor MICHEL JULIANA es fallecido.

JUEZ: pero yo le preguntaba por la familia extendida de DORA PATRICIA, los hermanos,

ABOGADO: el hermano de DORA PATRICIA se encuentra detenido en este mismo proceso EDGAR MONSALVE y el otro se encuentra fallecido que es el papá de MICHEL JULIANA.

JUEZ: Y los padres de DORA PATRICIA

ABOGADO: No están vivos, acuérdesse que es una herencia que ella recibió esa propiedad. (26:55).

El delegado Fiscal, doctor DAVID ANTONIO MARTINEZ ATENCIA, no se opone a la solicitud del defensor, teniendo en cuenta que se demostró que los menores dependen exclusivamente de la procesada; quien no cuenta con antecedentes penales.

Los menores no tienen el apoyo de un núcleo familiar, en el caso de MARIA JOSÉ, de 3 años de edad, su padre se sustrajo de la obligación alimentaria; y, el padre de MARIA JULIANA, de 17 años, falleció.

DORA PATRICIA GONZALEZ MONSALVE no tiene otra familia que su hermano que hace parte del grupo de procesados en el caso que nos ocupa.

Se acreditó que la prenombrada no cuenta con padre ni madre, pues fallecieron.

En este evento, prima la salvaguarda de los menores, la señora DORA PATRICIA GONZALEZ MONSALVE puede asumir esa responsabilidad.

En resumen, se dan los requisitos para conceder la prisión domiciliaria.

La representante del Ministerio Público, doctora ANA DORIS GONZALEZ, dice que es preocupante la situación actual de la menor MARIA JOSÉ de dos años de edad.

Se demostró que la menor vivía con su madre DORA CECILIA GONZALEZ MONSALVE, su hermana mayor de edad YULIANA y la menor a cargo MARIA JULIANA.

Empero, se deben valorar los factores personales, laborales, sociales que determinen que la condenada no pondrá en peligro a la comunidad o a los hijos menores.

El abogado no aportó información sobre ello, es que ni siquiera se hizo un estudio psicológico o psicosocial a la hija menor de edad.

No se puede perder de vista el delito que aceptó la procesada donde no solo se ofendió la seguridad pública, sino la salud pública, se puso en riesgo a la comunidad, máxime cuando la procesada expendía estupefacientes cerca de un colegio, poniendo en riesgo a los menores de edad.

Solo se aportó la historia clínica de MARIA JOSÉ menor de edad, pero no se indica que padezca enfermedad alguna.

El solo hecho de ser madre cabeza de familia no implica la concesión automática del sustituto.

La defensa no acreditó los requisitos exigidos por la Ley para la concesión del beneficio.

4. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La *iudex a quo* dictó sentencia por medio de la cual se condenó a la implicada a la pena de setenta y siete (67) meses de prisión y multa de mil cuatrocientos dos (1402) smlmv.

Negó la sustitución de la detención preventiva intramural por domiciliaria al considerar que DORA PATRICIA GONZALEZ MONSALVE no cumple con las condiciones de madre cabeza de familia, así:

“(...) El despacho entiende y está de acuerdo con la Procuradora en la medida en que se quedó corta la defensa en relación con establecer estos requisitos en su integridad, porque son varios, no solamente los que trae la Ley 1232/08 que modificó la Ley 82/93, son todos los demás que permiten establecer que se debe proteger a la comunidad y el hecho de que la persona vaya a estar en una domiciliaria no ponga en riesgo a los menores y a la sociedad.

Es por ello que, echa de menos estas últimas exigencias previstas en la norma, pues los delitos atribuidos a DORA PATRICIA, son muy relevantes, está el concierto para delinquir agravado con fines de tráfico de estupefacientes, el tráfico de estupefacientes en trece eventos, pero además es agravado por el art. 384 numeral 1, literal b, quiere decir ello que esta actividad se desarrollaba cerca a lugares educativos, como la institución educativa Bethesda, el instituto san Benito, cerca de las canchas sintéticas, que hay en la Estación Villas de Medellín, a cincuenta metros del sitio de expendio; es decir, que las personas que estaban captando para la venta del vicio, podrían ser menores, es una situación de absoluta relevancia dentro de este análisis.

Por lo anterior, se considera que no están acreditados los requisitos previstos en la norma para concederle a DORA PATRICIA la prisión domiciliaria como madre cabeza de familia, pues este beneficio está dirigido a brindarle garantía a los menores y no a los condenados, pero haciendo ese test de ponderación que exige la Corte, el despacho también debe velar por la protección de los derechos de la comunidad, es así como este ejercicio resulta insoslayable y de acuerdo con el Art. 4 del Código de las Penas, que consigna que la

pena cumplida con fines de prevención, busca la prevención especial, reinserción social y protección al condenado; y, en este evento existe una expectativa de justicia por parte del conglomerado que se vería nugatoria la función que tiene, si pese a que la gravedad de las conductas delictivas de sus autores, no se hacen merecedores del castigo justo que corresponde a la intensidad del daño causado y los bienes jurídicos tutelados, en este caso la salubridad y la seguridad pública.

Ahora bien, por tratarse de un delito que ha venido afectando a una comunidad en general quebrantando la paz ciudadana, porque los vendedores de estupefacientes son parados en las esquinas esperando entre otros a los menores que lleguen para que les compre, afectándolos en su salud ya que es una población mucho más vulnerables, pues quienes son inducidos en el vicio generan dependencia, negocio ilícitamente rentable, pues es a costa de la salud y la vida del consumidor, por lo tanto, debe darse prevalencia al interés general, el cual forma parte del interés legítimo que tiene la sociedad en clave de que efectivamente se imponga unos castigos acordes con el daño jurídico del Art. 4 del CP.

Reitera la judicatura no se encuentran acreditados los requisitos, puesto que, si bien es cierto que DORA PATRICIA tiene a MARIA JOSÉ menor de tres años, está YULIANA ANDREA quien es mayor de edad para que pueda velar por ella, en consecuencia, el despacho NIEGA LA DETENCIÓN DOMICILIARIA COMO MADRE CABEZA DE FAMILIA PARA DORA PATRICIA.”

5. RECURSO DE APELACIÓN (APELANTE UNICO)

El abogado defensor, doctor JULIO CESAR RIVERA MOLINA, apeló la decisión y manifestó que la Juez no hizo una apreciación objetiva y sustantiva de los elementos aportados por esta defensa para denotar la calidad de madre cabeza de familia, por lo que solicita se haga una ponderación adecuada al tema de los derechos fundamentales de los menores de edad a cargo de la señora GONZALEZ MONSALVE.

Dentro del informe se evidencia el registro civil de MARIA JOSÉ GOMEZ GONZALEZ de tres (3) años de edad; su sobrina MICHEL JULIANA GONZALEZ GIRALDO de diecisiete (17) años de edad; y, su hija YULIANA ANDREA JIMENEZ GONZALEZ de 19 años de edad

El padre de la menor MARIA JOSÉ GOMEZ GONZALEZ no responde ni económica, ni socialmente por ella.

En el caso de MICHEL JULIANA GONZALEZ GIRALDO, quien cuenta con 17 años, está a cargo de la procesada, porque su padre falleció y se desconoce el paradero. Su hija YULIANA ANDREZ JIMENEZ GONZALEZ se dedicó a la mendicidad, incluso se ha dedicado a la venta de dulces con su hermana menor de 3 años de edad dado que esta no se puede dejar sola en la vivienda.

Se debe revisar el informe de investigación que da cuenta de la desprotección en que actualmente se encuentran las menores de edad.

La menor MARIA JOSÉ se encuentra en transición, necesita del acompañamiento de su madre para hacer las tareas y manualidades.

La menor MICHEL JULIANA necesita el acompañamiento de un adulto que le recuerde que debe conectarse a clases, reexplicarle los pasos a seguir indicados por sus maestros.

YULIANA ANDREA JIMENEZ GONZALEZ de 19 años de edad, hasta ahora egresó de un instituto educativo, no ha podido obtener el cartón que la acredita como Tecnóloga; además, no puede desconocerse que para ocupar un cargo exigen experiencia la cual aún no tiene, por lo que no podrá asumir la responsabilidad de sus hermanas.

Su prohijada no cuenta con antecedentes, es madre cabeza de familia no solo de sus dos hijas, sino de su sobrina que se encuentra en total desprotección de su madre y demás familiares.

Por lo anterior, instó revocar la decisión de primera instancia en este aspecto.

Por su parte, el doctor SERGIO YEPES CORREA, Fiscal 39 Especializado de Medellín, en calidad de sujeto no recurrente, se opone a la pretensión de la defensa aduciendo que no se probó la condición de madre cabeza de familia de la procesada.

6. FUNDAMENTOS JURIDICOS DEL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala dará respuesta a los planteamientos del impugnante.

7. SOLICITUD DE PRISIÓN DOMICILIARIA A FAVOR DE LA IMPLICADA

Explica el recurrente que hay lugar a la concesión de la prisión domiciliaria al acreditarse la calidad de madre cabeza de familia de la procesada.

Con respecto a la calidad de padre o madre cabeza de familia, se debe indicar que dicha figura está contemplada en el Art. 2º de la Ley 82 de 1993 define el concepto de mujer (hombre) cabeza de familia, así:

ART. 2º—Para los efectos de la presente ley, entiéndase por “**mujer**” cabeza de familia, quien siendo soltera o casada, tenga bajo su cargo, 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 familiar¹.

PAR.—Esta condición y la cesación de la misma, desde el momento en que ocurra el respectivo evento, deberá ser declarada por la “**mujer**” cabeza de familia de bajos ingresos ante notario,

¹ Con los criterios identificadores suministrados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que en esencia son los establecidos en la Sentencia SU-388 de 2005.

expresando las circunstancias básicas de su caso y sin que por este concepto se causen emolumentos notariales a su cargo².

Presupuesto ineludible para la sustitución de pena es la clara y eficiente demostración de la calidad de madre o padre cabeza de familia. Tal situación de demostración fehaciente ha quedado aclarada con lucidez por sentencia de la Corte Constitucional C-154 de marzo 7 de 2007, cuando se expuso:

“Ahora bien, esta Corte debe precisar que la declaratoria de inexecutable 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.

[...]

² La Corte Constitucional en Sentencias C-184 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, se declaró “*exequibles los apartes acusados del artículo 1° de la Ley 750 de 2002, en el entendido de que, cuando se cumplan los requisitos establecidos en la ley, el derecho podrá ser concedido por el juez a los hombres que, de hecho, se encuentren en la misma situación que una mujer cabeza de familia, para proteger, en las circunstancias específicas del caso, el interés superior del hijo menor o del hijo impedido*”; y mediante sentencia C-964 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis, declaró *exequible condicionalmente las expresiones “mujer” y “mujeres” contenidas en el art. 4° Ley 82 de 1993, en el entendido, 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 encuentren en la misma situación que una mujer cabeza de familia, en los términos y bajo el requerimiento del artículo 2° de la misma ley.*

De cualquier manera, dado que la finalidad de la norma es garantizar la protección de los derechos de los menores, el juez de control de garantías deberá poner especial énfasis en las condiciones particulares del niño a efectos de verificar que la concesión de la detención domiciliaria realmente y en cada caso preserve el interés superior del menor, evitando con ello que se convierta, como lo dijo la Corte en la Sentencia C-184 de 2003, en una estratagema del procesado para manipular el beneficio y cumplir la detención preventiva en su domicilio³.

Adicional a lo anterior, la Corte 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 analiza⁴.

El concepto, según la Corte Constitucional en sentencia SU-388 de 2005, 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”.

³ “Con esta decisión se asegura a la vez, que los titulares del derecho realmente se lo merezcan, en razón a que es lo mejor en el interés superior del niño, no una medida manipulada estratégicamente en provecho del padre condenado que prefiere cumplir la pena en su residencia. Compete a los jueces penales en cada caso velar porque así sea”. Sentencia C-184 de 2003.

⁴ Magistrado Ponente, Marco Gerardo Monroy Cabra

El concepto de padre o madre cabeza de familia “encierra un carácter normativo y no simplemente biológico, fruto de la concepción”⁵.

8. LA REGULACIÓN DE LA PRISIÓN DOMICILIARIA PARA MADRES O PADRES CABEZA DE FAMILIA

La Corte en providencias CSJ SP 4945-2019, rad. 53.863; CSJ SP1251-2021, rad. 55.614 de 10 junio 2020, fijó las reglas aplicables para decidir sobre la prisión domiciliaria especial para personas cabeza de familia.

A continuación, se reproducirán las premisas pertinentes de la Corte *in extenso*, a efectos de resolver en el presente asunto.

➤ LA DEFINICIÓN DE MADRE O PADRE CABEZA DE FAMILIA

Al respecto, el art. 2º de la Ley 82 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 1232 de 2008, establece lo siguiente:

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 socio-demográficos, 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, psíquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.

De la literalidad de la ley se extrae que el carácter de cabeza de familia no sólo se adquiere cuando se tiene a cargo a hijos menores de edad. En efecto, el legislador previó expresamente la posibilidad de adquirir dicha calidad cuando esa relación de dependencia se presenta frente a “otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar”.

Esta postura fue reiterada, en términos generales, en la sentencia SU-388 de 2005. Más puntualmente, en la sentencia T-200 de 2006, la Corte Constitucional concluyó que una de las demandantes era

⁵ CSJ SP, 13 junio 2007, rad. 27.064.

madre cabeza de familia por el hecho de tener a cargo (según las reglas allí establecidas) a su padre, dada la ancianidad y el precario estado de salud de éste. En el mismo sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido esa condición en situaciones en que mujeres están a cargo del cónyuge que padece una grave afectación mental (CSJ SP 12 feb. 2014, rad. 43.118”).

➤ LA REGULACIÓN DE LA PRISIÓN DOMICILIARIA PARA MADRES O PADRES CABEZA DE FAMILIA

“El artículo 1º de la Ley 750 de 2002,⁶ en punto de los requisitos para conceder la sustitución de la prisión, establece:

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.

La presente ley no se aplicará a las autoras o partícipes de los delitos de genocidio, homicidio, delitos contra las cosas o personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, extorsión, secuestro o desaparición forzada o quienes registren antecedentes penales, salvo por delitos culposos o delitos políticos.

(...)

De la armonización de estas dos leyes se extrae que la prisión domiciliaria, bajo la modalidad de madre cabeza de familia, opera cuando la condenada tiene a cargo hijos menores, como también cuando constituye el único soporte de otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, bien por su edad o por problemas graves de salud. Lo anterior, siempre y cuando se verifiquen los requisitos consagrados expresamente en la norma que se acaba de transcribir.

La anterior conclusión se aviene a los argumentos expuestos en el Congreso de la República durante el trámite de discusión de la referida ley:

En particular en tales casos se percibe la urgencia de la adopción de medidas de apoyo especial a dichas mujeres, por cuanto es un hecho reconocido que los hijos menores y otras personas **incapaces a cargo de la mujer cabeza de familia recluida** quedan desamparados y a merced de las más nefastas influencias

⁶ Norma declarada exequible por la sentencia C-184 de 2003, en el entendido que el derecho puede ser concedido por el juez a los hombres que, de hecho, se encuentren en la misma situación que una mujer cabeza de familia.

de la sociedad, lo que conlleva un doble efecto negativo para la sociedad, por una parte, el que no pueda cumplir esa mujer recluida, su rol natural respecto de sus hijos y de otras personas incapaces a su cargo, y de otra parte, que reciban esos menores una negativa orientación que los determinará con alta probabilidad a ubicarse al margen de la ley en el futuro, como medio de subsistencia y como el único modo de vida aprendido.⁷

(...)

Este especial apoyo se dirige a permitir que la mujer cabeza de familia recluida, **pueda reintegrarse de facto a su círculo familiar**⁸ a fin de desempeñar el rol que le corresponde, mediante la figura de la “pena sustitutiva de prisión domiciliaria” y su relacionada medida de aseguramiento denominada “detención domiciliaria” y/o mediante la redención de su pena, encuéntrese o no recluida en centro carcelario o penitenciario, a través de la redención de su pena por trabajo comunitario.⁹

(...)

Ante este panorama, se tiene claro que: (i) la Ley 750 de 2002 permite el cambio de sitio de reclusión (domiciliaria en lugar de intramuros) cuando la mujer o el hombre es la única persona a cargo del cuidado y la manutención de sus hijos menores de edad, siempre y cuando se reúnan los puntuales requisitos previstos en la ley y desarrollados por la jurisprudencia y (ii) el mismo beneficio puede otorgarse a la mujer que tenga la calidad de madre cabeza de familia respecto de otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, que integren su núcleo familiar, bajo las limitaciones establecidas en la ley (valga la necesaria repetición).

De esta manera, quedaría por establecer si el beneficio en mención podría otorgarse cuando esas “otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar” dependan exclusivamente del procesado, al punto que éste, respecto de aquéllas, reúna los requisitos legales para ser catalogado como cabeza de familia.

El tema no fue resuelto en la sentencia C-184 de 2003, porque allí solo se analizó el trato legal diferenciado a los hijos de los procesados, dependiendo de si su cuidado y manutención estaban exclusivamente a cargo de la madre o del padre.

En opinión de la Sala Penal de la Corte, las razones expuestas por la Corte Constitucional en la sentencia en mención, aunadas a otras motivaciones de rango constitucional, son suficientes para concluir que en esos otros grupos poblacionales (personas incapaces o incapacitadas para trabajar), no sólo son relevantes las acciones afirmativas a favor de las madres cabeza de familia “(...) De hecho,

⁷ Gaceta del Congreso N° 113 de 2001.

⁸ Negrilla no hace parte del texto original.

lo que resulta más trascendente es la protección de las personas que están exclusivamente a cargo del procesado, en los términos establecidos en la ley. Ello resulta indiscutible respecto a los niños, pero también es relevante frente a otros grupos de personas especialmente vulnerables, como los ancianos y las que padecen graves afecciones físicas o mentales”.

➤ **ASPECTOS JURISPRUDENCIALES SOBRE LA SUSTITUCIÓN DE PENA INTRAMURAL POR LA DOMICILIARIA DE PADRE O MADRE CABEZA DE FAMILIA**

Pero, independientemente de la prueba sobre el particular, es lo cierto que ya se ha trazado una clara línea jurisprudencial sobre la “sustitución de la ejecución de la pena” del art. 461 de la Ley 906 de 2004.

En efecto, tal línea jurisprudencial se inició con la providencia del radicado 25.724 de 19 octubre de 2006, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón, siguió luego con la 27.064 de 13 junio de 2007, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez, y la 27.810 de 25 julio de 2007, Sigifredo Espinosa Pérez y del auto de única instancia, radicado 22.453 de 26 de junio de 2008; de la cuales se puede colegir:

Primero: Se trata de tres institutos jurídicos bien diferentes: (i) prisión domiciliaria (art. 38 CP/2000), (ii) sustitución de la detención preventiva (art. 314 Ley 906 de 2004, mod. art. 27 Ley 1142 de 2007) y (iii) sustitución de la ejecución de la pena privativa de la libertad de prisión (art. 461 Ley 906 de 2004).

Segundo: Como son fenómenos jurídico bien diversos, cumplen entonces funciones específicas en diferentes momentos de la actuación procesal.

Tercero: Para el art. 461 Ley 906 de 2004 no se tienen en cuenta las “finalidades de la medida de aseguramiento”, por evidente sustracción de materia, pues tal tema ya ha sido más que superado, así como tampoco se tienen en cuenta las “finalidades de la pena” por cuanto ya fueron analizadas al momento del fallo, en especial para efectos de su individualización.

Cuarto: El numeral 1° del art. 314 sólo opera dentro del proceso, excluida la sentencia, porque ya ha sido objeto de tratamiento, positiva o negativamente.

Quinto: Las finalidades de la pena se estiman al momento del fallo, en especial para efectos de su individualización.

Sexto: Para la concesión de la prisión domiciliaria al momento de la sentencia se deben cumplir inexorablemente los requisitos tanto objetivo como subjetivos del artículo 38 del Código Penal.

Séptimo: Para la “sustitución de la ejecución de la pena” del art. 461 de la ley 906 de 2004 se miran con exclusividad las hipótesis relacionadas con la edad, la enfermedad grave, la gravidez y el estatus de madre o padre cabeza de familia — como concepto normativo—, todo ello surgido con posterioridad a la ejecutoria del fallo. Aspectos que, de ordinario, deberá analizar el Juez de Ejecución de Penas.

Octavo: Si se dijese que es potestativo del Juez de Conocimiento al momento del fallo referirse al art. 461 Ley 906 de 2004, por remisión del art. 314 ib. (mod. art. 27

Ley 1142 de 2007), y en especial a la causal de padre o madre cabeza de familia, es necesario verificar el cumplimiento de las exigencias que facultan para acceder al beneficio.

Pero en auto de única instancia, Rad. 22.453 de 26 de junio de 2008, se pronunció acerca de la viabilidad de dar aplicación al artículo 314 numeral 5º, consagrado en la nueva normatividad procesal, en cuanto redujo significativamente las exigencias para acceder al beneficio de la prisión domiciliaria, señalando que aun cuando ese precepto hace referencia a la figura de la detención preventiva, es posible

efectuarse la sustitución de la ejecución de la pena bajo ese mismo supuesto, según lo estipula el artículo 461 *ibídem*¹⁰.

Noveno: Si nada se dice en las instancias con respecto a la prisión domiciliaria, entonces el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad lo puede hacer, siempre frente al artículo 38 del Código Penal, con las exigencias propias de esa institución, sin miramiento alguno del contenido de la sustitución de la prisión (art. 416 CPP).

Décimo: Finalmente, para relieves que esta línea jurisprudencial conserva vigencia aún con la expedición de la Ley 1142 de junio 28 de 2007, que por su artículo 27 reformó el art. 314 de la Ley 906 de 2004, no es sino observar que el párrafo se refiere a excepciones cuando “la imputación se refiera a los siguientes delitos”, y la imputación de cargos se hizo en la primera audiencia concentrada; en estos momentos se está dictando sentencia, esto es, no estamos ante una prolongación de la audiencia de imputación de cargos

➤ **SE DEBE DEMOSTRAR LA CALIDAD JURÍDICA DE PADRE O MADRE CABEZA DE FAMILIA, Y NO MERAMENTE LA CALIDAD BIOLÓGICA.**

En múltiples oportunidades, la Corte¹¹ ha precisado que no basta con probar que se es padre de familia para tener acceso al subrogado penal de la prisión domiciliaria, es necesario acreditar que el condenado es la única persona que puede suplir las necesidades del menor y de carecer de este apoyo, el menor quedaría en el desamparo o abandono¹².

No puede confundirse la jefatura femenina de hogar, en tanto fenómeno socio-económico, en el que una mujer asume la manutención de su pareja, con la figura de cabeza de familia derivada de la incapacidad de alguien, a su cargo, en razón de su incapacidad para trabajar.¹³

Es claro entonces, de conformidad con lo ya explicado 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 314-5º), está supeditada, a que se demuestre dentro del proceso, que se tiene la

¹⁰ CSJ SP rad. 30.872 de 2008; CSJ SP rad. 31.381; CSJ SP rad. 29.940 de 2009 y CSJ SP rad. 30.106 2009, entre otros

¹¹ SP del 23 de marzo de 2011, radicado 34784; AP5740 del 24 de septiembre de 2014 y AP 1504 del 30 de abril de 2019, radicado 53220, entre otros.

¹² CSJ AP 5579, 24 mayo 2021, rad. 60.212; CSJ AP 1150-2022, rad. 59.139 de 16 marzo 2022.

¹³ CSJ SP 1251-2021, rad. 55.614 de 10 junio 2021

condición de “*cabeza de familia*”, como se reiteró en sentencia CSJ SP rad. 34.784 de 23 marzo de 2011.

Así pues, la persona que aduzca esa calidad deberá acreditar: (i) que está a cargo del cuidado de los niños, (ii) que su presencia en el seno familiar es necesaria porque los menores dependen de ella no solo económicamente sino en cuanto a su salud y cuidado, (iii) que es de su exclusiva responsabilidad el sostenimiento del hogar; por tanto, (iv) que la medida se hace necesaria para garantizar la protección de los derechos de los niños y no simplemente una excusa para evadir el cumplimiento de la pena en el sitio de reclusión¹⁴.

Se desprende la sentencia C-154 de 2007 que la “*Corte Constitucional es reiterativa en señalar que 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*”¹⁵.

9. LA PRUEBA SOBRE CALIDAD DE MADRE O PADRE CABEZA DE FAMILIA

Ha de precisarse que el ser “cabeza de familia”, punto central de análisis en esta decisión, es una calidad que el ordenamiento jurídico reconoce a las personas privadas de la libertad, acorde con unas situaciones extremas de vivencia de los hijos menores de edad o impedidos, lo cual no se acredita en la foliatura.

Del acervo probatorio allegado no se puede concluir que se hace indispensable la presencia de DORA PATRICIA GONZALEZ MONSALVE en su lugar de residencia.

Por su parte, MARIA JOSÉ GOMEZ GONZALEZ, de cinco (5) años de edad actualmente, cuenta con su padre biológico, el señor GILBER ADOLFO PEREZ GARCIA, primero llamado a velar por sus derechos.

Debe acotarse que, si bien se anexó un acta de audiencia de conciliación en materia de fijación de cuota alimentaria ante la casa de justicia Santo Domingo Savio entre la procesada y el prenombrado, donde se acordó una cuota de \$160.000 mensuales para gastos de la menor, no se aportó prueba alguna de incumplimiento de dicho acuerdo.

De ahí, no se puede inferir la sustracción de la obligación por parte del progenitor, como lo predica la defensa.

Se aportaron las declaraciones juramentadas de BLANCA LUZ GOMEZ GARCIA, CRUZ INES MARTINEZ ROJAS y MILARET BENJUMEA SALAZAR amigas y vecinas de la sentenciada, quienes aducen que DORA PATRICIA GONZALEZ MONSALVE es madre cabeza de familia, que ha llevado la obligación de la casa; que vive con las tres (3) niñas; que le ha colaborado a las menores con alimentación desde que su mamá tiene problemas legales; que YULIANA vende confites en la calle; no obstante, no se acreditó que, en contra del padre biológico de MARIA JOSÉ GOMEZ GONZALEZ estuviera en curso algún proceso por incumplimiento de sus

¹⁴ CSJ SP rad. 34.784 de 23 marzo de 2011

¹⁵ CSJ SP rad. 34.784 de 23 marzo de 2011

deberes con sus descendientes para inferir mínimamente la situación que manifiestan las declarantes.

Lo que significa que MARIA JOSÉ GOMEZ GONZALEZ cuentan con su respectivo padre biológico quien es el primero llamado a velar por sus derechos.

Al respecto fue enfática la Corte Constitucional en sentencia C-154 de marzo 7 de 2007 al sostener: *“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”*.

Adicional a lo anterior, la menor actualmente cuenta con una red de apoyo por parte del grupo familiar extenso, puesto que la hermana de la procesada, YULIANA ANDREA JIMENEZ GONZALEZ, también puede prestar esa ayuda de protección y cuidado que requieren su hermana menor ante la situación actual que atraviesa su progenitora, lo que se otea ha estado haciendo.

En caso, contrario, ya será el equipo interdisciplinario o profesionales expertos en trabajo social a través del respectivo informe psicosocial quienes pongan de presenten la situación de vulnerabilidad de la menor.

No obstante, hasta el momento se desdibuja esa situación de abandono o desprotección que esgrime el impugnante.

Tampoco, puede decirse que la menor padece de alguna enfermedad neurológica o convulsiones, como también lo refirió el censor en su exposición; pues, si bien se aportó la historia clínica de la menor del Hospital Infantil, allí solo se hace referencia a una consulta de seguimiento y control por una enfermedad general.

Debe aclararse que, si bien el galeno refirió el padecimiento de una convulsión febril, esto fue producto de una fiebre alta y de un episodio nocturno de náuseas. Así se consignó en la historia clínica:

“(…) ENFERMEDAD ACTUAL: (...) Episodio nocturno de vómito, posterior mirada fija, postura tónica tuvo temperatura hasta 37.5 grados”

EVOLUCION, paciente de 35 meses, con un episodio convulsivo asociado a temperatura de 37.5 grados, con EEG NORMAL Y TAC NORMAL. Examen neurológico normal. Convulsión febril simple, no requiere más estudios”

Todos los signos vitales se calificaron como normales y como estado general se conceptúo normal.

En suma, ninguna patología padece la menor de edad.

Por su parte, YULIANA ANDREA JIMENEZ GONZALEZ, hija de la procesada convive con su hermana y su prima MICHEL JULIANA GONZALEZ GIRALDO en una casa propia heredada por los padres de la enjuiciada.

De todas maneras, actualmente es mayor de edad.

En el caso de MICHEL JULIANA GONZALEZ GIRALDO, hija de crianza de la procesada, esta desprovista de figura paterna a causa de fallecimiento; no obstante, cuenta con JAZMIN YULIETH GIRALDO MUNERA, quien figura como su progenitora, según el registro civil de nacimiento aportado y quien tiene la obligación de satisfacer las necesidades de su hija.

Empero, con la prueba arrimada no se probó el presunto incumplimiento de sus deberes con su descendiente.

De una u otra forma, MICHEL JULIANA GONZALEZ GIRALDO actualmente, también es mayor de edad.

En ese orden de ideas, no se cumplen los requisitos legales y jurisprudenciales para que proceda el sustituto reclamado.

No se accederá al pedimento del señor abogado defensor, sin perjuicio de que cuando se presente una novedad en la situación actual se puede impetrar la petición nuevamente ante el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad.

10. CONCLUSIÓN

Se ha de confirmar la sentencia de condena, por las razones expuestas.

11. RESOLUCIÓN

EL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA DE DECISIÓN PENAL, administrando Justicia en nombre de la República y autoridad de la ley, **(i) CONFIRMA** en su integridad la sentencia de condena proferida en contra de DORA PATRICIA GONZALEZ MONSALVE y otros, de condiciones civiles y naturales ya conocidas; **(ii)** se niega la petición de prisión domiciliaria por la calidad de madre cabeza de familia, por las razones expuestas en este proveído; **(iii)** contra esta sentencia procede casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NELSON SARAY BOTERO
Magistrado



SANTIAGO APRÁEZ VILLOTA
Magistrado



HENDER AUGUSTO ÁNDRADE BECERRA
Magistrado