



## **SALA DE DECISIÓN PENAL**

### **APROBADO ACTA 269**

(Sesión del 30 de octubre de 2024)

*Radicado:* 05001-60-00206-2020-13698  
*Sentenciado:* Jhon Fredy Vásquez Estrada  
*Delito:* Violencia Intrafamiliar Agravada  
*Asunto:* Defensa apela negativa de sustitución de prisión intramural por domiciliaria por enfermedad grave y padre cabeza de familia  
*Decisión:* Confirma íntegramente  
*M. Ponente:* José Ignacio Sánchez Calle

**Medellín, 6 de noviembre de 2024**

(Fecha de lectura)

### **1. OBJETO DE DECISIÓN**

La Sala resuelve el recurso de apelación que presentó a nombre propio Jhon Fredy Vásquez Estrada, contra la decisión del 17 de julio del año en curso, por medio de la cual la Juez Treinta y Siete Penal Municipal con funciones de conocimiento de Medellín, tras aprobar un preacuerdo, lo declaró penalmente responsable por la comisión de la conducta punible de Violencia Intrafamiliar Agravada, y le negó la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión intramuros.

### **2. HECHOS**

Conforme fueron referidos por la Fiscalía General de la Nación en el escrito de acusación tenemos que:

*“Denuncia la señora ALEJANDRA MILENA ARCILA MONSALVE, a su ex compañero y padre de su hija menor de edad, JHON FREDY VASQUEZ*

*ESTRADA, con quien convivió durante nueve (9) años, terminando su relación en mayo del 2022. Los hechos objeto de las presentes diligencias, tuvieron ocurrencia el día 10 de septiembre del 2020, aproximadamente a las 11:30 a.m, en la casa que, para aquella época, compartían la pareja compuesta por la víctima ALEJANDRA MILENA ARCILA MONSALVE y el victimario JHON FREDY VASQUEZ ESTRADA, ubicada en la Cra 79 B N. 46 SUR – 63 NT. 174, del barrio María auxiliadora, San Antonio de Prado y consistieron en que repentinamente, ellos sostuvieron una discusión y en medio de ella, JHON FREDY le dijo a ALEJANDRA MILENA, que ella todo lo dañaba y que lo último era la lavadora y que se quería ir de la casa a lo que le contestó que se fuera, lo que generó ira en aquel y de inmediato la agredió físicamente, estrujándola delante de la pequeña hija que tienen en común, quien para ese momento tenía 1 año y medio de edad. Luego la cruzó de brazos, le puso el pie en el pecho y continuaron las agresiones, hasta que una hermana de él que vive cerca, llamó la policía y estos llegaron a calmar la situación, procediendo ella a formular la denuncia en la comisaría de familia, donde además de exponer lo sucedido, agregó que ya había sido objeto de maltrato físico de parte de su pareja, en varias ocasiones anteriores y que, además, teme por su vida porque él la amenaza y consume estupefacientes.*

*Por estos hechos el Médico Legista le dictaminó a la señora ALEJANDRA MILENA ARCILA MONSALVE una incapacidad médico Legal DEFINITIVA, de dieciocho (18) días, sin secuelas medico legales.*

*Se trata de una violencia basada en el género de la víctima en tanto de acuerdo con el contexto de la relación de familia, el señor JHON FREDY, ha ejercido actos de poder, superioridad y discriminación en contra ALEJANDRA MILENA. Durante la convivencia la agredió constantemente con patadas, cabezazos, puños, la ha intentado ahorcar incluso durante el embarazo la arrastró por la sala; verbalmente la agredía con palabras vulgares y psicológicamente la humillaba por la comida. En repetidas ocasiones la obligó a tener relaciones sexuales con él sin consentimiento; le controlaba el tiempo de visita a sus familiares y hasta las prendas que debía colocarse. Por toda esta situación de violencia, le ha tocado quedarse con su padre, presentándose entonces un contexto familiar de relaciones desiguales de poder.”*

### **3. ACTUACIÓN PROCESAL**

#### **3.1. Actuación procesal relevante**

**3.1.1. Escrito de Acusación.** El 9 de junio de 2023 se dio el traslado del escrito de acusación en el que la Fiscalía le atribuyó a Jhon Fredy Vásquez Estrada el delito de Violencia Intrafamiliar Agravada del artículo 229 inciso 2° del Código Penal, cargo que no fue aceptado por el acusado. Posteriormente la Fiscalía radicó el escrito de acusación que correspondió por reparto al Juzgado Treinta y Siete Penal Municipal con funciones de conocimiento de Medellín.

**3.1.2. Concentrada que mutó a Preacuerdo.** El 19 de diciembre de 2023, previo a dar inicio de la audiencia concentrada, la Fiscalía General de la Nación advirtió que se había llegado a un preacuerdo con el procesado en virtud del cual el procesado acepta su responsabilidad en la conducta que le fue endilgada de Violencia Intrafamiliar Agravada a cambio de que la Fiscalía le reconozca la circunstancia de ira e intenso dolor contenida en el artículo 57 del Código Penal, pactándose la pena en 24 meses de prisión; y que, además de ello, el procesado presentaría disculpas públicas generando un compromiso de no repetición.

En virtud a lo anterior, la Juez le impartió aprobación al preacuerdo, anunciando el correspondiente sentido del fallo de carácter condenatorio.

**3.1.3. Audiencia de Individualización de Pena.** El 8 de marzo de 2024 se imprimió el trámite establecido en el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal. En virtud de ello la Fiscalía indicó que aunque Vásquez Estrada no contaba con antecedentes penales, no tenía derecho a ningún tipo de beneficio por prohibición expresa de la norma.

Por su parte, el Representante de la Víctima refirió que había prohibición expresa en la ley para la concesión de subrogados penales, solicitando se tomen medidas contra el procesado.

A su vez, la Defensa solicitó se otorgue la prisión domiciliaria en favor del procesado por ser padre cabeza de familia dado que se encarga de los cuidados económicos, físicos y emocionales de su hija menor A.V.A. y además de su madre María Abigail Estrada Vargas, esta última mediante declaración jurada confirma esta situación. Acotó que, a la fecha cursa un proceso de custodia de la menor en el cual obra valoraciones de Medicina Legal y que, de acuerdo a la protección de los derechos de la menor, es necesario que se le conceda prisión domiciliaria. Además, indicó que Vásquez Estrada labora desde su casa, en confecciones.

En virtud a lo anterior, la Juez de primera instancia suspendió el trámite de la diligencia a efectos de que, a través de las trabadoras sociales adscritas al

Centro de Servicios – SPA se realice visita sociofamiliar a la menor y a la madre del acusado para que certifiquen su condición de padre cabeza de familia y que, una vez se cuente con dicha certificación, se procederá a emitir sentencia.

### **3.2. Sentencia impugnada.**

En virtud del preacuerdo, y tras la verificación de que existían suficientes elementos materiales probatorios que desvirtuaban la presunción de inocencia, que el pacto se adecuaba a la legalidad y que Jhon Fredy Vásquez Estrada había aceptado el cargo de manera libre, consciente, voluntaria y debidamente asesorado por su abogada defensora, la sentenciadora le impuso la pena principal acordada.

Puntualmente, y frente a la solicitud que ahora nos ocupa, precisó la *a quo* que, respecto de los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63 del Código Penal, no era viable la concesión de subrogados, toda vez que el delito de Violencia Intrafamiliar se encuentra dentro de los enlistados en el inciso 2º del artículo 68A *ibídem*.

Ahora, en torno a la solicitud de concesión de la prisión domiciliaria en favor de Jhon Fredy Vásquez Estrada bajo la figura de padre cabeza de familia, acotó la primera instancia que la acreditación de tal calidad tiene unas exigencias precisas contempladas en la Ley, según el desarrollo del artículo 2º de la Ley 82 de 1993, modificado por el 1º de la Ley 1232 de 2008 donde se define la figura de madre o padre cabeza de familia.

De acuerdo con la normatividad, cuando los sentenciados sean madre cabeza de familia de hijo menor de edad o que sufra incapacidad mental permanente, siempre y cuando haya estado bajo su cuidado y en ausencia de ella, siendo ampliamente decantado que éste beneficio se extiende también al padre que haga sus veces en igualdad de derechos y bajo los mismos supuestos que la mujer. A su vez, la Ley 1232 de 2008 que modificó el artículo 2º de la Ley 82 de 1993 consagró la denominación de la mujer que ostenta la posición de

madre cabeza de familia, y la Corte Constitucional en Sentencia SU-388 de 2005 precisó cuáles eran los presupuestos necesarios para reconocer en un procesado ese estatus.

Destacó la *a quo* que la Corte Suprema de Justicia en sentencia con Radicado 35943 del 22 de junio de 2011, recogió cualquier clase de discusión que pudiera existir sobre los supuestos para conceder la prisión domiciliaria conforme al artículo 314 numerales 1, 2, 3, 4 y 5 del Código de Procedimiento Penal, la Ley 750 de 2002 y el artículo 38 del Código Penal, rectificando y unificando su criterio en el sentido de que el aspirante a esta clase de mecanismo sustitutivo debe cumplir a cabalidad con los supuestos establecidos en estas normas.

En virtud de lo anterior, y ante el precario material suasorio que sustenta la pretensión de la defensora, advirtió la primera instancia que no accedería a la misma pues no se demostró siquiera de manera sumaria que, como hijo, el procesado tenga a su cargo afectivo, económico o social en forma permanente el cuidado de su madre adulta mayor María Abigail Estrada Vargas y de su hija menor Ariana Vásquez Arcila, más allá de indicarlo mediante la declaración extrajuicio realizada por su madre, aportar certificado de matrícula del colegio de la menor, cuenta de servicios públicos, registro civil de nacimiento de la menor, y los diferentes actos administrativos en virtud de los procesos que se adelantan por la custodia de la menor.

Lo cierto es que lo anterior nada prueba sobre la dependencia económica y afectiva de su madre, pese a que se conoce cuál es el trabajo del condenado, no se arrimaron gastos sufragados por él respecto de las necesidades de su madre, ni a cuánto ascienden los mismos, no dio a conocer el arraigo familiar del procesado donde se indique si su mamá tiene otros hijos, o familia extensa que pueda también velar por su cuidado, trajo a colación declaración extrajuicio rendida por la madre, en la cual manifiestan someramente la obligación económica del procesado, sin informar donde trabaja, ni cómo consigue sus recursos; circunstancias que resultarían de suma relevancia para desatar la petición del sustituto de la prisión domiciliaria, aunado a que no se exhiben circunstancias de abandono.

Por ende, respecto del cuidado de su madre, se descarta la concesión de la medida, toda vez que en informe rendido el 12 de abril de 2024, suscrito por la asistente social Elizabeth Yepes Escudero, en visita que hizo a la casa del Jhon Fredy Vásquez Estrada, se entrevistó con la señora madre de este quien le indicó que hace dos años trabaja con su hijo en el taller de confecciones que tiene, es decir que ella también trabaja y genera ingresos, no como lo indicó en la declaración extra juicio donde afirmó que no trabajaba.

En ese sentido encuentra la *a quo* una falsedad en sus declaraciones, aunado a que se conoce que la madre del procesado tiene otra hija mayor llamada Silvana que genera ingresos, pues es auxiliar contable y labora en una empresa, y que incluso en semana vive con su madre, por lo que la señora María Abigail, en caso de una privación de la libertad del encartado no quedaría desprovista ni económica ni moralmente de cuidados, además que se vale por si misma; para sustento de lo anterior transliteró lo indicado por la asistente social en el informe: *“La madre del señor Jhon Fredy, vive con él, el asume la gran parte de su sostenimiento económico, pero no es el único que la apoya en este aspecto ya que, sus dos hermanas y el padre le aportan económicamente. Además, el taller de confecciones en un emprendimiento de madre e hijo”*

Ahora bien, respecto de la hija menor de edad Ariana Vásquez Arcila, la cual, si bien la defensa aportó auto N° 183 del 2 de abril de 2024, en el que la Comisaría de Familia Zona N° 5, Corregimiento El Manzanillo, otorgó al procesado los cuidados provisionales de la menor, se indicó que el día 16 de abril de 2024 se fijó audiencia en la que se definiría la situación jurídica de la menor en la que se decretará la medida de restablecimientos a su favor. Resaltó la *a quo* que, en un nuevo informe rendido por la asistente referida con anterioridad, el 25 de junio de 2024, se expresa lo siguiente:

*“como se dejó plasmado en el informe entregado el 12 de abril del presente año. Que el 2 de abril del año en curso, la niña fue retirada del hogar donde convivía y estaba bajo la responsabilidad del padre sin justa causa por la comisaria de familia, la razón que se le brindó para dicho accionar, es la mala relación, la falta de una comunicación asertiva, entre los progenitores que alteraba la estabilidad emocional de la menor AVA, desde el área de asistencia social de los juzgados de ejecución de pena de Medellín se comunicó con la comisaria la señora Mónica Liliana Arteaga, quien argumenta que ella como autoridad competente tiene plazo hasta 16 de abril*

*de la presente año para tomar decisión de los cuidados de la AVA. Al pasar esta fecha, la comisaria, decide ubicar a la niña en la modalidad de hogar sustituto y no reintegrarla al núcleo familiar del padre, este fallo, según el señor Jhon Fredy Vásquez Estrada, no se le dio el debido proceso como lo refiere el artículo 29 de la constitución política, el principio del interés superior del menor, derechos del niño a tener una familia y a no ser separado de ella, carencia de observancia del debido rito. Por esta razón decide impugnar el fallo por medio de una tutela con el siguiente radicado 20240057300 del 6 de mayo de 2024. (se anexa)*

*Desde asistencia social se realiza el oficio 1094 a la comisaria de familia N° 6 corregimiento Municipio de Itagüí, donde se le solicita de manera URGENTE y PRIORITARIA, se verifiquen las condiciones que ostenta actualmente la menor ARIANA VÁSQUEZ ARCILA, si aún se encuentra en custodia de alguna institución pública, en que modalidad se encuentra allí, y cuánto tiempo permanecerá dentro de la misma. A esta solicitud se recibe respuesta el 7 de junio de 2024 de la autoridad competente; “donde se informa que mediante Resolución No 110295 de 16 de abril de 2024, se declaró a la menor AVA en vulneración de derechos, modificando la medida de restablecimiento de derechos decretada a su favor, ordenando así su remisión a la modalidad acogimiento familiar en el tipo de atención HOGAR SUSTITUTO, decisión que fue confirmada mediante Resolución No 110296 de 16 de abril de 2024 proferida por este despacho. Es decir, a la fecha la menor se encuentra en HOGAR SUSTITUTO a través del operador Presencia Colombo Suiza.”*

Es claro entonces para la primera instancia que, a la fecha de la emisión de la sentencia el padre no tenía los cuidados de la menor, que incluso fue puesta en hogar sustituto, donde la Comisaria es clara en indicar que “*el proceso que cursa a favor de la niña AVA, no es por su custodia y cuidados personales, sino por un presunto abuso sexual consistente en tocamientos presuntamente por parte del abuelo materno*”.

Al respecto, la Corte ha determinado que, para comprobar que una persona ostenta la calidad de padre cabeza de hogar, se deben acreditar distintas circunstancias, como la ausencia de un núcleo familiar cercano frente al sujeto en condición de vulnerabilidad o dependencia. Derrotero que sirve también de faro para no acceder a la solicitud de prisión domiciliaria, pues con respecto a que es la fuente de cuidado y apoyo a su hija menor, no se puede predicar que existe esa deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar, pues los cuidados de la menor se encuentran en cabeza del Estado.

Del párrafo anterior, se deduce que para acreditar que el acusado es quien vela por los cuidados asistenciales de apoyo económico, social y afectivo de personas a cargo, debe demostrarse que no se cuenta con alguien más que

cumpla con esta obligación. Si lo que pretendía la defensora era que se concediera la prisión domiciliaria especial para personas cabeza de familia, debían existir elementos demostrativos incorporados oportunamente a la actuación y que debían estar encaminados a acreditar que el procesado es la persona que tiene la dirección del hogar y que es quien se hace cargo de las necesidades económicas y cuidado de su hija, situación que no ocurrió.

Por otro lado, la *a quo* señaló que no desconoce el hecho de que la privación de la libertad del sentenciado afectará emocional y económicamente a todos los miembros del grupo familiar, y muy especialmente a su hija que dejará de percibir –si en verdad lo hacía- su apoyo y compañía, aflicciones naturales y predecibles surgidas por la detención que no están incluidas en el ámbito de protección de los derechos constitucionales de la familia para efectos de la prisión domiciliaria en los términos de la Ley 750 de 2002, porque aquellas prerrogativas solo podrán prevalecer cuando la privación de la libertad ocasione consecuentemente el abandono total a su propia suerte, el riesgo inminente y manifiesto de la menor, algo que no ocurre en este caso, lo cual lo ubica por fuera de la categoría de quien deriva su sustento única y exclusivamente del padre cabeza de familia detenido y merecen por tanto la protección Estatal a través de la concesión de la figura para conjurar el estado irremediable de abandono en el que se encuentren sumidos; máxime que especifica la Comisaria de Familia que la razón de poner en hogar sustituto a la menor es *“la mala relación, la falta de una comunicación asertiva, entre los progenitores que alteraba la estabilidad emocional de la menor AVA”*

Lo anterior, sin dejar de lado que la Ley 750 de 2002 estableció los requisitos y condiciones que se deben reunir para acceder a la prisión domiciliaria como madre o padre cabeza de familia ya que no es la mera circunstancia de tener hijos o padres a cargo, que de contera obligaría a la concesión del sustituto, pues no se trata de un reconocimiento de pleno derecho sino de proteger en estricto sentido a aquellas personas que como consecuencia de la actividad delictiva de su progenitor han quedado desamparadas.

En consecuencia, se niega la prisión domiciliaria solicitada, por cuanto, conforme a lo probado, el sentenciado no ostenta la condición de padre cabeza

de familia y el hecho de que su hija y su madre puedan encontrarse afectadas emocional y económicamente por su detención, no es razón suficiente para entender la prisión domiciliaria que el sentenciado pide como la solución a un conflicto que, en última instancia, fue consecuencia de su ilícito proceder y de la legítima respuesta estatal que el mismo produjo, pues lo que se pretende con ésta figura es la protección de las personas en situación de abandono y no el favorecimiento del sentenciado, debiendo en consecuencia ser cuidadosos de que la misma no se convierta en una forma de evadir la pena carcelaria, por parte del declarado penalmente responsable por delitos tan graves y, en el presente caso es claro que la progenitora no depende exclusivamente de él.

### **3.3. Del recurso.**

Inconforme con la negativa de concesión de la prisión domiciliaria por padre cabeza de familia, el mismo procesado en ejercicio de su defensa material apeló la sentencia arguyendo que no fue defendido en debida forma y, conforme a los argumentos presentados por la primera instancia, han sido vulnerados también sus derechos dentro del proceso pues desde el principio le manifestó a su abogada de oficio que muchas de las acciones que presuntamente él realizó a la señora Alejandra Arcila, no son ciertas y si bien existió dentro del proceso un preacuerdo, existió una falta de defensa técnica.

Dice que apela por la necesidad de velar por los derechos de su madre e hija, quienes dependen económicamente de él, es un trabajador independiente que trabaja desde casa y, aunque se presentaron una serie de pruebas a fin de demostrar su arraigo familiar, así como la imposibilidad de dejar de lado a su familia ya que él provee los alimentos de su hija A.V.A y de su madre la señora Abigail Estrada, considera que faltó una buena defensa técnica que le permitiera llegar a un buen acuerdo para poder purgar la pena en su domicilio ya que es trabajador de máquinas de confección y su negocio mantiene el sustento de su hogar, y las pruebas aportadas, tal como lo manifiesta la *a quo* no acreditan la posibilidad de permanecer en prisión domiciliaria.

La primera instancia observa ausencia suficiente de material probatorio presentado por la Defensa para obtener una prisión domiciliaria, vulnerando de manera directa los derechos de su madre a gozar de alimentos y protección, ya que insiste en que ella depende económicamente de él, con el agravante de que es una persona que sufre diagnóstico de diabetes crónica que no puede laborar por lo que la negación frente a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la prisión domiciliaria y el mecanismo sustitutivo de prisión domiciliaria, dejan a su suerte la protección a su familia no solo de su madre sino también a su hija A.V.A.

Itera el censor que se demostró en el proceso que es trabajador independiente y que sustenta todo lo del hogar, si bien solo se presentó la declaración extra juicio de su madre quien bajo la gravedad de juramento declaró que dependía económicamente de él, la apoderada de oficio no le solicitó más pruebas a modo de demostrar con una historia clínica la patología que padece su madre, empero él aporta esos documentos con la apelación. Él no busca un beneficio para sí mismo, sino que está en peligro la salud y la estabilidad económica de su mamá.

En cuanto a su hija, afirma que económicamente lo necesita y psicológicamente aún más, pues está afectada debido al proceso de restablecimiento de derechos que se está llevando por el presunto abuso sexual “*Abuelo materno – El señor JHON JAIRO ARCILA padre de ALEJANDRA ARCILA*” y de su pareja o ex pareja, el señor Jorge Andrés Montoya Arboleda, procesos de los cuales la *a quo* tiene conocimiento, siendo evidente la afectación que tendrá su hija frente a esta situación, puesto que en este momento aparte de lo que ya le está sucediendo, se verá afectada por su ausencia al ser condenado, reitera entonces que no es por él, sino por su hija y madre que interpone la alzada a fin de que se revoque la negativa y se le conceda la domiciliaria.

### **3.3.1. Representante de la víctima como sujeto procesal no recurrente.**

Arguye que no le asiste razón al apelante en su reproche respecto a que no fue defendido en debida forma, toda vez que incluso él como representante de

víctimas se opuso al preacuerdo aceptado por el sentenciado por considerar que no se ajustaba a la realidad fáctica, pues consideraba que se desconocían los derechos a una verdad, justicia y reparación, decisión que no fue acogida en segunda instancia.

La primera instancia fue garantista de los derechos del sentenciado recurrente, tanto que le preguntó si realmente era su deseo realizar el preacuerdo con las condiciones señaladas, a lo que él contestó que sí. Su abogada defensora intento indicar en el 447 que era padre cabeza de familia, que velaba por la niña y la madre, lo cual se desvirtúa con las pruebas aportadas pues es claro que, en cuanto a la manutención de la menor, la misma es compartida con la madre de la niña, la señora Alejandra Milena Arcila quien, a pesar de no tener la custodia de su hija, aporta para los alimentos una cuota de 100 mil pesos y la tiene afiliada a salud.

No le asiste la razón a la tesis propuesta por el recurrente porque, como ya se dijo, no demostró dentro del proceso que era único hijo, ni que velaba por la manutención de su hija y madre. Al hacer un análisis integral del artículo 38 del Código Penal acorde con las modificaciones introducidas por la Ley, considera la representación judicial de víctimas que el recurrente no se haría acreedor de la pena sustituta de la prisión domiciliaria, porque dicha norma exige que se cumpla con un requisito objetivo, el cual consiste en que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de 5 años de prisión o menos, requisito que se no se cumple en este asunto, por cuanto el delito de Violencia Intrafamiliar Agravada, tipificado en el inciso 2º del artículo 229 *ibídem* es sancionado con una pena mínima de seis años de prisión.

#### **4. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

##### **4.1. Competencia.**

Esta Sala es competente para resolver el asunto según lo dispone el numeral primero del artículo 34 de la Ley 906 de 2004<sup>1</sup>.

#### **4.1. Problema jurídico.**

Esta Sala determinará si respecto del sentenciado se cumplen las exigencias fácticas, legales y jurisprudenciales para concederle la prisión domiciliaria en condición de padre cabeza de familia.

#### **4.2. Valoración y solución del problema jurídico.**

**4.2.1.** Antes de analizar de fondo este asunto debemos advertir que la posibilidad de examinar una providencia depende de la interposición de la alzada dentro de las oportunidades procesales previstas por quien tiene interés jurídico para ello, y bajo la exposición clara y precisa de las razones de hecho y de derecho del disenso. Esto último atañe con la debida sustentación del recurso, el cual demanda en el inconforme el cumplimiento de una carga argumentativa tendiente a referirse de forma específica y concreta a los fundamentos de la decisión atacada, en modo tal que exponga los yerros en los que pudo haber incurrido el Juzgador en su decisión, dado que la simple manifestación de la inconformidad no lo satisface, tampoco lo hacen los grandes desgloses jurisprudenciales.

Así lo precisó la Sección Tercera del Consejo de Estado: *“los planteamientos fijados por la jurisprudencia de las altas cortes pueden ayudar a orientar y a respaldar la sustentación de un recurso, pero no sustituyen la retórica que solo puede ofrecer quien conoce tanto el fallo proferido como las razones por las que cree que debe ser analizado en segunda instancia por una autoridad judicial de mayor jerarquía.”*<sup>2</sup>

Empero, en ciertas ocasiones hay lugar a que se aplique el principio de caridad en argumentación, y conforme a él es factible que se puedan superar los yerros en la sustentación del recurrente, en pro de encontrar el verdadero sentido del

---

<sup>1</sup> Artículo 34. De los Tribunales Superiores de Distrito. Las Salas Penales de los Tribunales Superiores de Distrito judicial conocen:

1. De los recursos de **apelación** contra los autos y **sentencias** que en **primera instancia profieran los jueces del circuito** y de las sentencias proferidas por los municipales del mismo distrito. (Negritas de la Sala de Decisión).

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia 68001233100020090074201 (56334) 12 de diciembre de 2022.

recurso en procura de dar efectividad al derecho material en cuestión; no obstante ello procede con la condición de que exista mínimamente un ejercicio de fundamentación que, aunque sea impreciso, permita desentrañar el sentido de la censura, siempre y cuando se entreguen razones que permitan deducir al menos una postura jurídica concreta frente al tema de debate por parte del impugnante. En tal sentido, el principio de caridad en la argumentación *“comporta que el intérprete, como receptor del lenguaje común empleado por otro, suponga dentro de la comprensión y comunicación lingüística que las afirmaciones son correctas a efectos de desentrañar el sentido de las censuras. De esta forma, el operador judicial hará caso omiso de los errores, exponiendo cada postura jurídica desde la perspectiva más coherente y racional posible”*<sup>3</sup>.

Así pues, en este caso, el recurso de alzada interpuesto por el sentenciado formula una presunta vulneración al derecho de defensa y la insistencia en la concesión de la prisión domiciliaria al considerar que se tiene tal condición, por lo que, aunque consideramos que el recurrente no ha cumplido con la carga de una debida y suficiente argumentación, la Sala resolverá de fondo el interrogante propuesto, en atención a los fines legítimos de la apelación y al principio de caridad argumentativa.

**4.3.2.** Ahora bien, en cuanto a que hubo una falta de defensa técnica por cuanto, según arguye el sentenciado, se debía buscar mejores términos para un preacuerdo en el que se negociara la concesión del sustituto y porque, además, su defensora no le requirió mayores elementos de prueba que acreditaran que su madre era una mujer enferma y que su hija lo necesitaba. Debe señalar esta Sala que, una vez escuchada la sesión de audiencia de preacuerdo llevada a cabo el 19 de diciembre de 2023, es claro que la Juez de primera instancia verificó que el procesado aceptara la negociación de manera libre, consciente y voluntaria, y así mismo, que había sido debidamente informado de los términos de la negociación y de las consecuencias de la misma. Vásquez Estrada fue enfático en aceptar el preacuerdo e incluso le pidió perdón público a su ex pareja y madre de su hija.

---

<sup>3</sup> Corte Suprema de Justicia, Auto del 9 de septiembre de 2015, con Radicado 46235.

Sobre el que no se haya pactado la concesión de la domiciliaria, tiene para indicar esta Sala que, a Vásquez Estrada, por virtud del preacuerdo, se le reconoció como una ficción jurídica, la atenuante de la ira e intenso dolor del artículo 57 del Código Penal obteniendo una sustancial rebaja de pena 4 años, si se tiene en cuenta que el mínimo el delito de Violencia Intrafamiliar Agravada es de 6 años y su apoderada logró que se le impusieran tan solo 2.

Pero si lo anterior no fuese suficiente, habría que decirse que, aunque por virtud de un preacuerdo es dable concertar la ejecución de la pena, está vetado que a través del mismo se puedan obviar las prohibiciones o limitaciones que respecto de algunos delitos el ordenamiento ha edificado alrededor de los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad. Y, tal y como lo indicó la Juez de primera instancia, en este caso el delito de Violencia Intrafamiliar está excluido de beneficios y subrogados penales conforme al inciso 2° del artículo 68A del Código Penal, por lo que en modo alguno hubiese podido haber sido objeto de preacuerdo.

**4.3.3.** Ahora bien, a efectos de resolver el problema jurídico, advierte esta Sala de entrada que surge evidente que a favor del sentenciado no operan las circunstancias necesarias para hacerlo merecedor de este sustituto pues, en virtud de la Ley 750 de 2002, que en su artículo 1° dispuso la posibilidad de cumplir la condena en el domicilio del sentenciado, se estableció que:

*“(…) 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.”*

Así mismo el numeral 5° del artículo 314 de la Ley 906 de 2004, exige como requisito que el procesado o procesada 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 está supeditada entonces a que se demuestre dentro del proceso que se tiene la condición de “*cabeza de familia*”.

Por su parte, el inciso segundo del artículo 2° de la Ley 82 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 1232 de 2008 define que:

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

*En concordancia con lo anterior, es Mujer Cabeza de Familia, quien, siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.*

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

La Corte Constitucional en sentencia SU-388 de 2005, estableció como presupuestos indispensables para tener la condición de “*cabeza de familia*” los siguientes:

*(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 en sentencias C-184 y 964 de 2003 extendió ese derecho a los hombres que se encuentren en igual situación de hecho que una mujer cabeza de familia.

Dicho lo anterior, lo que se debía acreditar en punto de probar que el procesado contaba con esa condición, era que él era la única persona que podía ocuparse tanto de su hija menor de edad como de su madre, en el entendido de que es a ambas, como sujetos de especial protección por parte del Estado, a quienes se procura la protección a través del sustituto penal; advirtiendo que esta condición no opera *ipso facto* por el solo hecho de tener hijos menores de edad o padres enfermos.

Así las cosas, se demostró que en efecto Jhon Fredy Vásquez Estrada tiene una hija menor de edad, fruto de su relación pasada con la víctima de este asunto, que tuvo la custodia de su hija por un tiempo por restablecimiento de derechos adelantado en favor de la menor toda vez que se está adelantando un proceso por el presunto abuso sexual del que la niña fue víctima la interior de su familia materna. Sin embargo, también quedó acreditado que, para el momento de emisión de la sentencia de primera instancia, la menor ya no se encontraba en el hogar de su padre pues había sido sustraída también de este por la Comisaría de Familia N° 6 del municipio de Itagüí y había sido trasladada a un hogar sustituto.

Es claro entonces que la menor no está en estado de abandono, sino en unas condiciones especiales por cuenta de un asunto de mayor gravedad que no atañe a este proceso. Pero también es claro que tiene una familia bastante extensa, que su madre también se preocupa por su cuidado y protección, que tiene tías, primos, abuelas y abuelos que la protegen y cuidan. De hecho, en un memorial dirigido al Juzgado de primera instancia, la madre del procesado María Abigail Estrada Vargas afirma que es ella quien dedica *“gran parte de mi tiempo a los cuidados y acompañamiento de mi nieta Ariana, me encargo de todo lo relacionado con ella como: alimentación, aseo, estudio, citas médicas, soy también la intermediaria con todo el tema relacionado con Alejandra Arcila quien es la madre: visitas, llamadas. Estoy dispuesta y atenta a todos los cuidados que requiera mi nieta Ariana, apoyo incondicionalmente a mi hijo con nuestra nieta”*.

De lo anterior se desprende que, durante el tiempo que la niña estuvo en el hogar del procesado, quien estaba a cargo de la menor A.V.A. era su abuela paterna, no Jhon Fredy, como se esfuerza en hacer verlo. Ahora, que él es el sustento económico de su hogar, tampoco es del todo cierto, porque su madre también trabaja en lo mismo de él, pues es un emprendimiento familiar que tienen en su residencia y que les genera ingresos suficientes para la subsistencia, aunado a que, dentro de la propiedad, cuentan con dos apartamentos en alquiler que también les generan ingresos.

No es entonces como el procesado afirma de manera tajante que él es el sustento de su madre e hija, pues María Abigail es una mujer productiva, que aún está en edad de trabajar y que, aunque Jhon Fredy dice que su madre está muy enferma porque tiene diagnóstico de Diabetes Mellitus, ello no fue probado a la primera instancia; sin embargo el procesado con su apelación, aporta documentos que hacen parte de la historia clínica de su madre –la mayoría ilegibles- y que establecen que, en efecto, la señora tiene ese padecimiento, de ellos se desprende que quien aparece como responsable de la señora en las historias clínicas y ante la EPS es Silvana Vásquez, una de sus hijas, entonces Jhon Fredy ni siquiera es quien lleva y trae a su madre a los controles; luego no se acredita en modo alguno que esta persona quede en total desprotección por cuenta de la privación de la libertad de su hijo

Sin tenerse claridad sobre los resultados del proceso de restablecimiento de derechos de la menor A.V.A., más allá de que eventualmente la madre de la menor pueda hacerse o no cargo de ella, no se acreditó que la niña no contara con familia materna o paterna que pudiera estar con ella mientras su padre purga la pena impuesta en centro carcelario, es más, lo probado fue todo lo contrario pues, por lo menos, su familia paterna, de la que hacen parte además de su abuela, el abuelo, dos tías y tres primos, han sido quienes le han brindado cuidado, amor, protección y sustento. Lo mismo ocurre con la señora María Abigail.

Los demás elementos de prueba dan cuenta de que la acusada paga servicios públicos y que, para el señor Oscar Mauricio Muñoz Hincapié es vista como

una persona que no molesta a ningún vecino y que lucha por sacar sus hijas adelante. Y si bien en este punto se debe precisar que erró la juez de instancia al suponer que el declarante al tener los mismos apellidos y nomenclatura de la sentenciada era familiar, en cuanto a la declaración por este rendida se resalta que constituye, a lo sumo, prueba sumaria no controvertida, y su contenido no aporta elementos de valoración sobre la razón de lo plasmado<sup>4</sup>, pero si en gracia de discusión se atendiera lo allí referido, tampoco se logra obtener de ello información suficiente, pues su contenido es sumamente precario, ya que solo se menciona que la señora Mónica es quien tiene los cuidados personales de sus hijas menores y que lucha por sacarlas adelante.

En cuanto a lo manifestado por la defensa de la señora Mónica relacionado a que esta era la única que podía “manejar” a su hija y las malas amistades que había tenido el último año la menor, dándole miedo que esta se volviera drogadicta por el antecedente de su padre, es un argumento que pretende desviar la atención frente a lo que realmente debe analizar para este caso concreto, pues de tener por cierto que la niña se puede convertir en drogadicta solo por los antecedentes de su padre, sería tanto como decir que si la menor esta con su madre también podría seguir el camino delictivo por el cual se le condenó.

Es deber y obligación de quien solicita el reconocimiento de la condición de cabeza de familia acreditar el estado de desprotección en que quedaría su familiar objeto de especial protección por parte del Estado en favor de los que se solicita la concesión de esta figura –pues no está establecida en favor de los condenados-, sin embargo en este caso, iteramos, lo que se prueba es lo contrario, la familia Vásquez Estrada es unida, todos viven juntos en inmueble que han construido a pulso, son productivo pues trabajan e incluso tienen una sólida empresa familiar. Estos familiares tienen la obligación de cuidar y velar de manera integral por la hija menor del procesado y por su madre, no solo con ocasión a la privación de la libertad de Jhon Fredy, sino en todo el tiempo que dure la condición incapaz.

---

<sup>4</sup> CSJ Sala de Casación Penal, Sentencia del 2 de abril de 2014 con Radicado 40921, MP. José Luis Barceló Camacho.

El Código Civil en su artículo 253 dispone: “(...) **CRIANZA Y EDUCACIÓN DE LOS HIJOS.** Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos”. Así mismo, los artículos 14, 23 y 24 de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia, prevén:

*“(...) Artículo 14. La responsabilidad parental. La responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es, además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos. En ningún caso el ejercicio de la responsabilidad parental puede conllevar violencia física, psicológica o actos que impidan el ejercicio de sus derechos*

*Artículo 23. Custodia y cuidado personal. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. La obligación de cuidado personal se extiende además a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales.*

*Artículo 24. Derecho a los alimentos. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a los alimentos y demás medios para su desarrollo físico, psicológico, espiritual, moral, cultural y social, de acuerdo con la capacidad económica del alimentante. Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación o instrucción y, en general, todo lo que es necesario para el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes. Los alimentos comprenden la obligación de proporcionar a la madre los gastos de embarazo y parto.”*

En este contexto bien vale se recordar que la figura de la sustitución de la prisión intramural por domiciliaria como padre cabeza de familia no fue concebida para beneficio de los que infringen la ley, sino para la protección de los niños y adultos mayores que quedan desamparados en términos absolutos cuando su familiar encargado está privado de la libertad. Los Jueces de la República están en el deber de verificar que el interés superior del niño en cuyo favor se invoca la institución, efectivamente se afecte, pues de lo contrario se estaría patrocinando prácticas deleznable como la cosificación del infante en beneficio del condenado.

En sentencia del 15 de junio de 2016 con Radicado 47666<sup>5</sup>, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, anotó:

*“(…) En efecto, la detención domiciliaria, bajo el entendido de que se está ante quien ejerce como cabeza de familia (sea la madre o el padre), de que trata la Ley 750 del 2002, debe entenderse en los términos del artículo 2º de la Ley 82 de 1993, modificado por la ley 1232 de 2008, esto es, que tiene a su cargo hijos menores de edad o discapacitados cuyo cuidado integral (protección, educación, afecto, educación, orientación, etc.) depende económica y exclusivamente de ella.*

***La concesión del sustituto parte del supuesto necesario de que, previo a su detención, se demuestre que el procesado, él solo, sin apoyo alguno, estaba al cuidado de sus hijos, de tal manera que la privación de la libertad trajo como consecuencia el abandono, la exposición y el riesgo inminente para aquellos.*** (Negrillas fuera de texto)

Así pues, tanto la menor A.V.A. como su abuela paterna María Abigail Estrada Vargas, deben ser asistidas moral y económicamente por sus familiares cercanos; siendo imperioso resaltar que el Código Civil en su artículo 260 dispone que: *“La obligación de alimentar y educar al hijo que carece de bienes, pasa, por la falta o insuficiencia de los padres, a los abuelos por una y otra línea conjuntamente (...)”*. En síntesis, conforme a la evidencia e información con que se cuenta, no se probó en modo alguno que la menor hija del sentenciado, o la madre de éste, queden desprotegida o moral y económicamente en condición de abandono por ausencia absoluta de familiares cercanos que puedan asumir las cargas que les corresponde, mientras Jhon Fredy descuenta la pena en establecimiento penitenciario.

En atención a lo expuesto, y con los elementos que se cuenta, consideramos que la decisión impugnada no merece ningún reproche.

Con fundamento en lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN PENAL** del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA ÍNTEGRAMENTE** la decisión proferida el 17 de julio del año en curso, por el Juzgado Treinta y Siete Penal Municipal con funciones de conocimiento de Medellín, que condenó a

---

<sup>5</sup> Con ponencia del magistrado José Luis Barceló Camacho.

Jhon Fredy Vásquez Estrada, a la pena de 24 meses de prisión tras hallarlo autor penalmente responsable de la conducta punible de Violencia Intrafamiliar Agravada, negándole la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión intramuros.

Esta providencia se notifica en estrados. Contra ella procede casación.

## **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**Los Magistrados,**

**JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE**

**NELSON SARAY BOTERO**

(En permiso concedido por la Presidencia del TSM)  
**HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA**

Firmado Por:

**Jose Ignacio Sanchez Calle**  
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional  
Sala 014 Penal  
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

**Nelson Saray Botero**  
Magistrado  
Sala Penal  
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **6fca58dbb09c6470ee1c1544124e367783bcfd6fe2321f14871f46808b0403b4**

Documento generado en 30/10/2024 10:52:33 AM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**  
**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**