



SALA PENAL

FICHA DE REGISTRO	
Radicación	05 001-60-00206-2024-00204
Procesados	Gregory José Pérez Aparicio Erick Segundo David Morgado
Delito	Hurto calificado y agravado Artículos 239, 240 inciso 2° y 241 numeral 10 del Código Penal
Hechos	5 de enero de 2024 siendo aproximadamente las 10:40 p.m., en la Calle 107A # 82-21 del barrio Doce de Octubre de Medellín
Víctimas	Sorel Humberto Arias Muñoz
Juzgado <i>a quo</i>	Sentencia de 15 de mayo de 2024, por el Juzgado Cuarenta y seis (46) Penal Municipal con funciones de conocimiento de Medellín
Asunto	Se resuelve recurso de apelación de sentencia de condena donde se impetra prisión domiciliaria por calidad de padre cabeza de familia
Consecutivo	SAP-S-2024-09
Aprobado por acta virtual	Nº 124 de 31 julio de 2023
Audiencia de exposición	Jueves, 1° de agosto de 2024; Hora: 2:00 pm
Decisión	Se confirma en su integridad la sentencia de condena
Oficio	Se informará a la oficina judicial para la compensación de reparto de expediente para sentencia debido a la ponencia derrotada y asumido conocimiento por el primer revisor
Magistrado Ponente	NELSON SARAY BOTERO
Salvamento de voto	JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE

Medellín, Antioquia, primero (1°) de agosto de dos mil veinticuatro (2024)

1. ASUNTO

En sesión virtual la ponencia presentada por el magistrado JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE no obtuvo la mayoría de los votos requerida para su aprobación, razón por la cual el expediente fue rotado al primer revisor, magistrado NELSON SARAY BOTERO, para la sustanciación de la presente sentencia. No obstante, el capítulo de antecedentes que contiene la relación de actuaciones dentro del proceso penal, son un valioso aporte de la ponencia inicial, que en su mayor parte se conservan en este proveído.

La Sala mayoritaria resuelve el recurso de apelación interpuesto por la defensa de GREGORY JOSÉ PÉREZ APARICIO, contra la decisión en sentencia proferida el

15 de mayo del año en curso, por el Juzgado Cuarenta y Seis Penal Municipal con funciones de conocimiento de Medellín, de negarle la concesión de la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia.

2. IDENTIFICACIÓN DE LOS ACUSADOS

2.1 Es el ciudadano GREGORY JOSÉ PÉREZ APARICIO identificado con cédula de identidad venezolana N° 30 326 137, nacido en San Sebastián de los Reyes, Estado Aragua de Venezuela el día 28 de octubre de 2004, hijo de los señores JOSÉ GREGORIO PÉREZ SÁNCHEZ y LIGIA MERCEDES APARICIO QUEDA; de estado civil soltero en unión de hecho; grado de instrucción: cuarto; residente para la época de los hechos en la Cale 93 # 51-10 barrio Aranjuez de Medellín; sin antecedentes penales registrados en su contra para entonces.

El acusado registraba al momento de su captura: 1,70 c.m. de estatura; contextura atlética; piel trigueña; cabello corto, ondulado y negro, frente mediana; ojos medianos y color miel, cejas rectilíneas y medianas; orejas medianas de lóbulos separados; nariz de dorso recto y base media; boca mediana, labios gruesos, mentón cuadrado, bigote mediano rasurado; y cuello medio.

2.2 Es el ciudadano ERICK SEGUNDO DAVID MORGADO identificado con cédula de identidad venezolana N 29 973 004 y permiso por protección temporal °N 975511, nacido en Caracas, Venezuela, el día 13 de noviembre de 2002, hijo de los señores EDI NEPTALI DAVDI ECHENIQUE y SIGRAD SYRIBEL MORGADO; de estado civil soltero; grado de instrucción: octavo de bachillerato; residente para la época de los hechos en la Carrera 49 B # 87 - 07 (09) barrio Campo Valdés de Medellín; sin antecedentes penales registrados en su contra para entonces.

El acusado registraba al momento de su captura: 17,5 c.m. de estatura, contextura atlética, piel trigueña; cabello corto, ondulado y castaño. frente mediana; ojos medianos y castaños, cejas rectilíneas y medianas; orejas pequeñas de lóbulos separados; nariz de dorso cóncavo y base media; boca mediana, labios medianos, mentón redondo, bigote mediano rasurado; y cuello medio.

3. LOS HECHOS DE LA ACUSACIÓN

Según se anota en el escrito de acusación, el 5 de enero de 2024 siendo aproximadamente las 10:40 p.m. cuando el señor SOREL HUMBERTO ARIAS MUÑOZ descendió de su vehículo para ingresar a su inmueble ubicado en la Calle 107-A N° 82-21 del barrio Doce de Octubre de la ciudad de Medellín, dos (2) sujetos lo amenazaron con lo que parecía ser un arma de fuego y le exigieron que entregara el dinero que llevaba consigo, mientras que una tercera persona, los esperaba en una motocicleta.

Efectuado el apoderamiento de la billetera del señor SOREL HUMBERTO ARIAS MUÑOZ con documentos personales y \$300.000 en efectivo, los asaltantes emprendieron la huida.

Sin embargo, debido a que SEBASTIÁN ARIAS BEJARANO presencié el hurto del que era víctima su abuelo, intentó alcanzarlos, siendo golpeado en su rostro con lo que parecía ser un arma de fuego; lo cual impidió que huyeran debido al auxilio de la comunidad y a que hicieron presencia en el lugar servidores de la Policía Nacional que patrullaban por el sector, procediendo con la captura de quienes se identificaron como GREGORY JOSÉ PÉREZ APARICIO y ERICK SEGUNDO DAVID MORGADO, mientras que la tercera persona huyó.

No se logró la recuperación del dinero en efectivo ni del teléfono celular de la víctima.

4. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

4.1 AUDIENCIAS PRELIMINARES

El 6 de enero de 2024, el Juez Cuarto Penal Municipal con funciones de control de garantías de Medellín declaró la legalidad del procedimiento en captura en situación de flagrancia de GREGORY JOSÉ PÉREZ APARICIO y ERICK SEGUNDO DAVID MORGADO.

Acto seguido la Fiscalía General de la Nación les corrió traslado del escrito de acusación en donde se les atribuye la conducta de Hurto Calificado y Agravado, conforme a los artículos 239, 240 inciso 2° y 241 numeral 10 del Código Penal, los procesados no se allanaron a los cargos. Acto seguido, el Juez les impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad de detención preventiva en establecimiento carcelario.

4.2 AUDIENCIA CONCENTRADA QUE MUTÓ A PREACUERDO

El 15 de abril de 2024, la Juez Cuarenta y Seis Penal Municipal con funciones de conocimiento de Medellín instaló el trámite de la diligencia, procediendo a darle el uso de la palabra a las partes para que se pronunciaran sobre posibles causales de impedimentos, nulidades o recusaciones.

Acto seguido la delegada de la Fiscalía General de la Nación advirtió que variaría el fin de la audiencia toda vez que había llegado a un acuerdo con los procesados en virtud del cual estos aceptaban su responsabilidad en la conducta punible que les fue atribuida a cambio de que, como una ficción jurídica a efectos de la pena a imponer, **se les diera el tratamiento de cómplices**, junto con el reconocimiento de la atenuante posdelictual de que trata el artículo 269 del Código Penal con la rebaja máxima del 75%, pactándose una pena de 18 meses de prisión.

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

Posteriormente se dio inicio a la audiencia de individualización de pena y sentencia consagrada en el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, misma en la que

la Fiscalía simplemente indicó que los procesados no contaban con antecedentes penales.

El defensor de ERICK SEGUNDO DAVID MORGANO, en cuanto a sus condiciones familiares y sociales, indicó que se trata de un ciudadano venezolano que reside en la ciudad de Medellín desde el año 2019, concretamente en la Carrera 49 # 89-09 Barrio la Piñuela, Comuna 4 Aranjuez, que además comparte vivienda con sus dos hijos. Por el tiempo de los hechos trabajaba como mensajero en la empresa *Turquesa Beach War* y también prestaba el servicio de mensajería en la empresa de rectificadora de culatas Padilla-Padilla; ambas ubicadas en la ciudad de Medellín. Se encuentra afiliado como subsidiado en la E.P.S. Savia Salud en condición de cabeza de familia, se encuentra en el Sisbén con ficha B7, esto es, extrema pobreza. No tiene antecedentes penales.

En cuanto a la concesión de subrogados, solicitó se le conceda la prisión domiciliaria al ser padre de dos hijos, esto en virtud de la Ley 750 de 2002 y la sentencia C-184 del 4 de marzo de 2003.

Por su parte, el defensor de GREGORY JOSEÉPÉREZ APARICIO indicó que al momento de los hechos su prohijado convivía con la señora INGRID PAOLA DURANGO en la Carrera 46-A N° 86-15 del Barrio Campo Valdés, que tiene una unión marital de hecho y esta cuenta con tres hijos menores de edad, entonces desde el 13 de marzo de 2021 el procesado ha fungido como padrastro de estos menores a quienes le ha proveído alimentos y ayudado con la crianza. Que además de su compañera permanente esta su madre quien reside en una zona rural en el Municipio de Itagüí.

Entonces, al considerar que su prohijado cumple con las mínimas condiciones establecidas por la ley, solicitó tener en cuenta los elementos trasladados para que se le conceda la prisión domiciliaria.

5. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En virtud del preacuerdo, y tras comprobar que existían suficientes elementos materiales probatorios que desvirtuaban la presunción de inocencia, que el pacto se adecuaba a la legalidad y que tanto GREGORY JOSÉ PÉREZ APARICIO como ERICK SEGUNDO DAVID MORGADO aceptaron los cargos de manera libre, consciente, voluntaria y debidamente asesorados por sus abogados defensores, la sentenciadora le impuso la pena principal tal y como la pactó la Fiscalía con ambos procesados, esto es, 18 meses de prisión.

Advirtió que no habría lugar a conceder la suspensión de la pena ni la prisión domiciliaria, atendiendo la prohibición del artículo 68-A del Código Penal, modificado por el artículo 32 de la Ley 1709 de 2014.

En cuanto a la solicitud de que se les conceda la **domiciliaria** al considerar sus abogados defensores que ambos detentan la **condición de padres de cabeza de familia**, advirtió *a quo*, en primer lugar, que no estaría vetado por el canon citado conforme lo prevé su inciso 3º, sin embargo, pese al esfuerzo de los defensores por aportar prueba sumaria que evidencie la condición de padres como responsables de los menores, no puede la primera instancia obviar el hecho de que sus

argumentos no aparecen soportados siquiera con la prueba sumaria que aportaron, a efectos de hacer una excepción a las prohibiciones genéricas de la norma aludida.

Si bien es cierto mediante sentencia C-164 de 2003, la Corte Constitucional extendió, para los padres que acrediten las mismas condiciones, el beneficio de la prisión domiciliaria con fundamento en artículos 314 numeral 5º y 461 de la Ley 906 de 2004, se hace imprescindible tener en cuenta la definición que de dicha condición se hace desde la Ley 750 de 2002 y en la 1232 de 2008, así como referentes jurisprudenciales sobre el tema tales como la sentencia SP 7752 de 2017 con radicado 46.277.

Así tras precisar conceptos sobre la condición de cabeza de familia, indicó la *a quo* que, en el caso del ERICK SEGUNDO DAVID MORGADO solamente se aportó el registro civil de nacimiento del menor E.J.D.V., para acreditar que el procesado sí es su padre.

También obran declaraciones de las señoras SIGRAD SYRIBEL MORGADO y XIOLIRNAR ANTONELLA RIVERA que dan cuenta que la madre de ese menor lo habría abandonado junto con otro menor hijo de ella, es lo cierto que se acreditó que al acusado convive con su señora madre. Entonces el menor queda bajo la protección de su abuela y demás miembros de su grupo familiar.

Respecto de GREGORY JOSÉ PÉREZ APARICIO, su defensa allegó a la actuación también registros civiles de nacimiento que evidencian que la madre de los menores es la señora INGRID PAOLA DURANGO, reconoció el abogado que esta es la compañera permanente del procesado y no acreditó que no pudiera hacerse cargo de sus tres hijos.

En ese sentido, resultó claro para la primera instancia que los planteamientos de los abogados defensores para la concesión del sustituto carecen de respaldo probatorio, pues los documentos enviados como soporte de sus planteamientos en nada muestran o permiten, aunque sea suponer, que por ejemplo la madre de DAVID MORGADO no pueda hacerse cargo de su nieto ni del otro menor hijo de la ex compañera permanente del acusado; así como tampoco que la compañera permanente de PÉREZ APARICIO no pueda hacerse cargo de sus hijos.

Fundamentalmente nada se dijo siquiera por parte de los defensores acerca de que algún otro miembro de sus familias extensas pudiese brindar la asistencia o apoyo que requieren los menores de edad hijos de los acusados. Luego no se acreditó ausencia permanente de otro miembro del grupo familiar, ni tampoco incapacidad física, sensorial, psíquica o moral frente al cuidado de estos menores por parte de quienes los tienen a su cuidado mientras los encartados permanecen privados de su libertad.

Concluye la *a quo* que no se acreditaron las condiciones para reconocer en favor de los acusados la condición que es indispensable para acceder al mecanismo sustitutivo de la prisión intramuros que debe imponérseles y, dado que tampoco se advierte que hubiesen descontado el mínimo de pena necesaria para acceder al beneficio a que se refiere el canon 38-G del Código Penal y que tampoco está proscrito por el artículo 68-A del mismo estatuto según su parágrafo primero, deberán los acusados permanecer cumpliendo la pena impuesta en el establecimiento de reclusión que para tal efecto determine el INPEC.

6. RECURSO DE APELACIÓN EN TEMA DE PRISIÓN DOMICILIARIA POR LA CALIDAD DE PADRE CABEZA DE FAMILIA

Inconforme con la negativa de la domiciliaria en favor de su asistido GREGORY JOSÉ PÉREZ APARICIO como padre cabeza de familiar, el abogado defensor , doctor JOHN ALEXANDER MARTINEZ MEJIA, solicitó a la segunda instancia la revocatoria del numeral segundo de la sentencia al considerar que se demostró que GREGORY JOSÉ PÉREZ APARICIO, tiene varias profesiones laborales, se presentó declaración juramentada de dos personas que aseguran que el procesado se dedica a la barbería de manera domiciliaria, y también se presentó certificación laboral en la cual se demuestra que él ha laborado en una mueblería desde que llegó de Colombia procedente de Venezuela, su país natal.

Agrega el abogado para sustentar su alzada:

«Con lo anterior quiero inferir razonablemente que el joven GREGORY NO SE DEDICA A DELINQUIR, simplemente cayó en malas manos de sujetos mayores que él, que lo convencieron de hacer lo que llaman en el argot popular “una vuelta” y desafortunadamente fue capturado; hecho que le ha dado una buena lección de vida, dado que se ha dado cuenta que ese no el camino correcto y que tiene otra oportunidad de vida, al lado de su familia, que está compuesta por su compañera permanente y los tres hijos menores de ésta, que dependen económicamente de él, dado que en Colombia no tiene más familiares que se hagan cargo de estos menores.

2. Es por lo anterior que se ruega a su Honorable Despacho tener en cuenta que el Joven GREGORY, estando en prisión domiciliaria, tiene la oportunidad de cuidar a estos menores de edad y a su vez desempeñarse como barbero en su casa, mientras que su compañera permanente busca un trabajo estable que permita proveer el mínimo vital de sus hijos.

3. Solicito se tenga en cuenta que el joven GREGORY merece una oportunidad, de surgir con su familia y que esta lección de vida le ha enseñado el camino correcto y que teniendo la virtud del conocimiento laboral, no volverá a caer en manos de la delincuencia y así podrá resocializarse junto a su familia y de paso se descongestiona los entes penitenciarios, ya con los meses que ha estado tras las rejas de un calabozo, le ha permitido reflexionar y darse cuenta que ha cometido un grave error y que en su vida se le volverá a ocurrir hacerlo de Nuevo.

Con todo lo anterior y teniendo en cuenta que mis argumentos, es que suplico a su Honorable Despacho, conceder la prisión domiciliaria al joven GREGORY PÉREZ, para que desde allí pueda proveer a su familia y a su vez resocializar su vida plena».

7. ARGUMENTOS DE DECISIÓN DE LA SEGUNDA INSTANCIA SOBRE PRISIÓN DOMICILIARIA

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

ART. 2°—Para los efectos de la presente ley, entiéndese 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, 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.

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.

² La Corte Constitucional en sentencias C-184 de 2003, 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, 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.

[...]

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.

[...]

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 domicilio»³.

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 analiza.

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

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». Corte Constitucional, sentencia C-184 de 2003.

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».

El concepto de padre o madre cabeza de familia «*encierra un carácter normativo y no simplemente biológico, fruto de la concepción*»⁴.

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 SP 1251-2020, rad. 55.614; 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 familia⁵.

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

8.1 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

⁴ CSJ SP, 13 junio 2007, rad. 27.064.

⁵ CSJ AP 4176-2021, rad. 58.069 de 15 septiembre 2021.

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 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)».

8.2 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

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.

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 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 familiar⁸ 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.

⁷ Gaceta del Congreso N° 113 de 2001.

⁸ Negrilla no hace parte del texto original.

⁹ *Ibidem*.

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, 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*».

8.3 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, siguió luego con la 27.064 de 13 junio de 2007, y la del rad. 27.810 de 25 julio de 2007, y CSJ AP, rad. 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 CSJ AP, rad. 22.453 de 26 de junio de 2008, se pronunció acerca de la viabilidad de dar aplicación al artículo 314 numeral 5°, 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

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

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*¹¹. Lo cual aplica, igualmente, para los hombres.

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 314-5°), está supeditada, a que se demuestre dentro del proceso, que se tiene la 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

¹⁰ CSJ SP rad. 30.872 de 2008; CSJ SP rad. 31.381; CSJ SP rad. 29.940 de 2009 ;CSJ SP rad. 30.106 de 2009.

¹¹ CSJ SP 1251-2021, rad. 55.614 de 10 junio 2021.

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 reclusión¹².

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*»¹³.

10. LA PRUEBA SOBRE CALIDAD DE MADRE O PADRE CABEZA DE FAMILIA EN EL ASUNTO DEL SUB LITE

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.

No es suficiente con presentar los registros civiles de nacimiento para evidenciar que la madre de los menores es la señora INGRID PAOLA DURANGO, a la par que se reconoce que ella es la compañera permanente, aunque debía acreditarse, y no se hizo siendo esencial hacerlo, que la mujer no puede hacer cargo de los tres hijos.

Así que el planteamiento del censor, siendo interesante, no es suficiente desde la perspectiva probatoria, pues los documentos enviados como soporte de su planteamiento no muestran ausencia o abandono absoluto de los menores hijos, ya que bajo su protección está la madre, la ex compañera, y la abuela

No hay prueba de la ausencia permanente de otro miembro del grupo familiar, no se demostró incapacidad física, sensorial, síquica, moral de quienes cuidan a los menores.

Al igual que el *a quo*, se debe colegir que no se acreditaron con suficiencia las condiciones para reconocer en favor del filiado la condición que es indispensable para acceder al mecanismo sustitutivo de la prisión intramuros.

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 los menores.

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

Así entonces, no se cumplen los requisitos legales y jurisprudenciales para que proceda el sustituto reclamado.

¹² CSJ SP rad. 34.784 de 23 marzo de 2011

¹³ CSJ SP rad. 34.784 de 23 marzo de 2011.

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.

Finalmente, en múltiples oportunidades, la Corte¹⁴ 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 abandono¹⁵.

11. SOBRE LA SUFICIENCIA ARGUMENTATIVA DEL APELANTE

El motivo de disenso del magistrado sustanciador fue la ineficiente sustentación del recurso de apelación.

Considera la Sala mayoritaria que, aunque mínimo, se presentaron argumentos de confutación con respecto al problema jurídico planteado, razón por la cual se decidió de fondo, es decir, los fundamentos de confutación merecieron respuesta por el ad quem.

12. CONCLUSIÓN

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

13. DECISIÓN

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 objeto de censura y no se accede al pedimento de la prisión domiciliaria por la calidad de padre cabeza de familia, por las razones expuestas; **(ii)** contra esta decisión que se notifica en estrados procede casación; **(iii)** se informará a la oficina judicial para la compensación de reparto de expediente para sentencia debido a la ponencia derrotada y asumido conocimiento por el primer revisor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



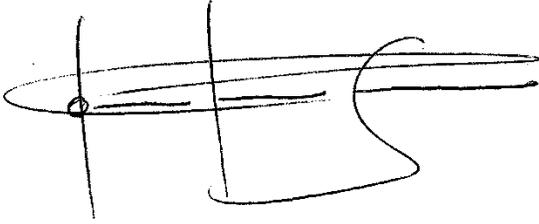
NELSON SARAY BOTERO
Magistrado

¹⁴ CSJ SP, 23 marzo 2011, rad. 34.784; CSJ AP 5740-2014 de 24 septiembre 2014; CSJ AP 1504-2019 de 30 abril 2019, rad. 53.220.

¹⁵ CSJ AP 5579-2021 de 24 mayo 2021, rad. 60.212; CSJ AP 1150-2022, rad. 59.139 de 16 marzo 2022.



HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA
Magistrado



SALVAMENTO DE VOTO POR PONENCIA DERROTADA
JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
Magistrado