



SALA PENAL

| FICHA DE REGISTRO | |
|-------------------------|---|
| Radicación | 11 001 60 000 96 2018 00223 |
| Acusado | Jéssica Álvarez Martínez |
| Delito | Concierto para delinquir con fines de favorecimiento y facilitación al contrabando. |
| Juzgado <i>a quo</i> | Diecisiete (17°) penal circuito con funciones de conocimiento de Medellín, Antioquia. |
| Asunto | Apelación de sentencia proferida en trámite de audiencia de preacuerdo. |
| Consecutivo | SAP-S-2023-37 |
| Aprobado por Acta | N°273 de 7 de noviembre de 2023 |
| Audiencia de exposición | Miércoles, 8 de noviembre de 2023; Hora: 9:30 am |
| Decisión | Se confirma la sentencia de condena |
| Descriptor | Madre cabeza de familia |
| Restrictor | Prisión domiciliaria |
| Magistrado Ponente | NELSON SARAY BOTERO |

Medellín, Antioquia, ocho (8) noviembre de dos mil veintitrés (2023).

1. ASUNTO

Se dicta sentencia de segunda instancia en el proceso adelantado en contra de JÉSSICA ÁLVAREZ MARTÍNEZ

2. IDENTIFICACIÓN DE LA ACUSADA

Es la ciudadana JÉSSICA ÁLVAREZ MARTÍNEZ, identificada con la cédula de ciudadanía N° 1'017.145.145 expedida en Medellín; nacida el 20 octubre 1986 en Acandí, Chocó. Sin más datos. Cuenta con carné de residente permanente en Panamá.

3. HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Los hechos según el escrito de acusación se concretan así:

«**Fundamento fáctico.** La presente indagación se originó a través de informe ejecutivo de fecha 26 de septiembre de 2018, en el que se informó que el señor ALBERTO RODRÍGUEZ, el

día 23 de ese mismo mes y año, mediante correo electrónico ar7368477@gmail.com dirigido al correo institucional polfa.pojud@policia.gov.co, puso en conocimiento presuntas conductas delictivas realizadas por estructuras delincuenciales ubicadas en el departamento de Antioquia, las cuales estarían distribuyendo mercancía de contrabando, específicamente licor y cigarrillos, en el sector comercial de Medellín conocido como el Hueco y en los San Andresitos y en otros establecimientos comerciales de la ciudad de Bogotá.

También se indicó que en los referidos lugares tienen familiares y cómplices para blanquear el dinero que posiblemente proviene de las bandas criminales y delincuenciales; por otra parte, señaló que esta estructura parte su línea de distribución desde los principales puntos y zonas de frontera para ingresar el contrabando al país desde la Costa Atlántica, Guajira y Santander.

Hechos jurídicamente relevantes.

En desarrollo de los actos de investigación representados en interceptación de líneas telefónicas, búsquedas selectivas en base de datos, análisis, inspecciones judiciales y organigramas, se estableció en forma clara la existencia de una organización, compuesta por una pluralidad de personas, entre las que se encuentran los señores LUIS ALBERTO LUNA GALLEGO, ALEXANDER GIRALDO DUQUE, JESSICA ÁLVAREZ MARTÍNEZ, NELSON VILLA ÁLVAREZ, NÉSTOR FERNANDO LUNA HENAO, DIEGO FERNANDO TAVERA VELÁSQUEZ, DUVAN ANDRÉS DÍAZ ZAPATA, JUAN GUILLERMO GARCÉS LÓPEZ, LUIS GERMAN RODRÍGUEZ CARTAGENA, ALBEIRO DE JESÚS NAVALES GRACIANO, JORGE LEÓN GARCÍA ARROYAVE y GERARDO RODRÍGUEZ CARTAGENA; quienes en forma hilada y organizada, vienen acordando el ingreso y distribución de mercancías de contrabando en el país, en diversas modalidades, como lo son la introducción de dichas mercancías por lugares no habilitados de acuerdo a la normativa aduanera, así como su ocultamiento de la intervención y control aduanero, principalmente desde la zona de Urabá y en el municipio de Moñitos, Córdoba, a través de diversas modalidades en que se incluye el ofrecimiento de beneficios a servidores públicos con el fin de omitir sus funciones de control.

Estas mercancías consisten, en licor y cigarrillos, entre otras, son provenientes de Panamá cuyas cuantías superan los 50 millones de pesos, inclusive en algunos eventos los 200 millones de pesos.

La mercancía es introducida al país en dos modalidades, la primera, es a través del corregimiento de Capurganá, zona limítrofe con Panamá, esta se caracteriza por la facilidad de tránsito fronterizo y está conformada por Capurganá, Sapsurro en Colombia y La Miel en Panamá. Con la mercancía en Capurganá, allí es almacenada y enviada a los municipios de

Necoclí o Turbo a través de embarcaciones de transporte de pasajeros o en otras embarcaciones para lo que se paga a funcionarios de los puertos, quienes entregan la ubicación de las embarcaciones de la Armada Nacional, evadiendo el control de las autoridades, en donde también se almacena y despacha hacia la ciudad de Medellín vía terrestre.

En la segunda, la mercancía es introducida en embarcaciones de bandera panameña, que arriban a playas en el municipio de Moñitos, Córdoba, las cuales descargan la mercancía valiéndose de embarcaciones más pequeñas que la llevan a tierra firme, desde donde se envía vía terrestre a la ciudad de Medellín.

Una vez ingresada al territorio nacional, la mercancía de contrabando es transportada hacia el interior del país, específicamente a Medellín. Este transporte también comprende varias modalidades, en primer lugar, el uso de buses de servicio público de pasajeros que cubren las rutas desde municipios de Urabá como Turbo o Necoclí hacia la ciudad de Medellín.

Algunos conductores de la empresa de transporte SOTRAURABA S.A. que realizan el recorrido antes señalado, son parte de la empresa criminal y transportan la mercancía de contrabando en cantidades relativamente pequeñas, en promedio 25 cajas de cigarrillos o 15 de licor por viaje, con el fin de evadir el control de las autoridades de policía, ante una eventual revisión, revisiones en las que puede haber hallazgos por lo que deben recurrir en estos eventos al ofrecimiento de dádivas a funcionarios de policía para omitir un acto propio de sus funciones, como lo es la aprehensión de estas mercancías.

Entre cuatro conductores logran transportar desde Urabá a Medellín más de 100 cajas de cigarrillo en el transcurso de 3 días.

Otra modalidad de transporte es a través de camiones, cuando se trata de otro tipo de mercancías de mayor tamaño, como juguetes, para asegurar que el transporte llegue a la ciudad de Medellín, generalmente salen varios camiones en caravana y delante van otras personas por la vía en vehículos particulares o de servicio público verificando que no haya retenes de la policía y en caso de ser parados por la autoridad aduanera, buscar la forma de sobornar a los autoridades de policía con el fin materializar su propósito criminal.

Con la mercancía en la ciudad de Medellín, esta es almacenada en diferentes cuartos útiles y bodegas ocultas, inclusive se rota su ubicación con el fin de evadir los posibles controles de la autoridad aduanera. Posteriormente se distribuye entre varias personas quienes los comercializan en la ciudad de Medellín y los municipios cercanos.

Esta organización se encuentra conformada por un amplio grupo de personas, quienes desde diferentes roles constituyen una empresa criminal con incidencia en el ingreso y comercialización de mercancías de contrabando en el país.

El acuerdo al cual se hace alusión se fraguó y se viene materializando principalmente desde la ciudad de Medellín y los municipios de Necoclí y Turbo en Antioquía y en el corregimiento de Capurganá del municipio de Acandí, en el Chocó.

Cada uno de los miembros ejerce un rol específico dentro de la empresa criminal aportando recursos: económicos, necesarios para comprar los cigarrillos, licor y otras clases de mercancía a personas en Panamá, para pagar a funcionarios públicos para que omitan sus deberes legales y en general para el funcionamiento logístico de la organización; y recursos humanos para lograr el objetivo común.

Estos roles son los de organizadores, financiadores, distribuidores y transportadores técnicos quienes ingresan la mercancía mediante los cuales se desarrollan actividades propias ejercidas de manera continua y sistemática desde el año 2018 hasta la fecha, de la siguiente manera:

El organizador en esta estructura criminal es el señor LUIS ALBERTO LUNA GALLEGO, esta persona tiene contacto con todos los miembros de la organización ya que coordina: la negociación en la compra de grandes cantidades de mercancía de contrabando que se encuentran fuera del país o que ya fueron introducidas al territorio colombiano por otras personas, cuenta con dos personas en los municipios de Turbo y Necoclí para despachar los cargamentos de contrabando a Medellín, alias “Pirata” y alias “Villa” Nelson Villa, monitorea el transporte entre el Urabá y Medellín, recibe la mercancía, la almacena en sus depósitos, bodegas e inclusive en su residencia, la entrega a una diversidad de personas encargadas de distribuirla e invierte dinero para ingresar más mercancía de contrabando, razón por la cual también es financiador de esta organización.

Introductores, La señora JÉSSICA ÁLVAREZ MARTÍNEZ, quien se encuentra la mayor parte del tiempo en Capurganá, desde este estratégico punto fronterizo es la encargada del ingreso de la mercancía al país desde el sector de La Miel en Panamá y coordina su almacenamiento y transporte a Necoclí o Turbo para lo que paga dinero a funcionarios de los puertos para que entreguen la ubicación de las embarcaciones de la Armada Nacional y pasar el contrabando a Necoclí evadiendo el control de las autoridades, cuenta con establecimientos comerciales en el mencionado corregimiento lo que oculta su actividad ilícita. Se asocia con LALG para invertir en el ingreso de nuevas mercancías.

Este rol también es ejercido por tripulaciones de navíos que descargan mercancías en cercanía de las playas del municipio de Moñitos.

Despachadores, estas personas son alias “Pirata” y Nelson Villa Álvarez las mercancías de contrabando son entregadas en los municipios de Necoclí y Turbo a personas quienes las almacenan y despachan a la ciudad de Medellín, para ello se comunican con los introductores y los transportadores recibiendo, distribuyendo las mercancías en algunos casos, en cantidades cuyo valor no exceda los 50 smmlv, conociendo las consecuencias penales de exceder esta cuantía y finalmente enviándolas a través de las modalidades de transporte terrestre señaladas.

Transportadores, son los señores Germán Rodríguez Cartagena, Gerardo Rodríguez Cartagena, Jorge García alias “Niquelo”, Juan Guillermo Garcés, Albeiro Navales, conductores de buses de servicio público de la empresa Sotauraba S.A. quienes valiéndose de su actividad laboral, transportan la mercancía de contrabando hacia Medellín y en ocasiones regresan entregan dinero enviado desde la ciudad de Medellín le envían, entregándosela a LALG posterior a descargar los pasajeros en el terminal de Medellín, buscan la forma de ocultar la mercancía en los buses para evadir el control policial, buscan la posibilidad de construir caletas en los buses y entregar dinero a la policía en caso de ser descubiertos.

Distribuidores: Las personas de la empresa criminal que desempeñan este rol son los señores ALEXANDER GIRALDO DUQUE, DUVAN ANDRES DIAZ, NESTOR LUNA HENAO Y DIEGO FERNANDO TAVERA, reciben la mercancía de LALG, la almacenan, venden, distribuyen y posteriormente le pagan a LALG el dinero producto de las ventas, tienen acceso a los sitios de almacenamiento, estas personas rinden cuentas a LALG del inventario y dinero.

Estas personas señaladas vienen concertándose para cometer delitos desde el año 2018 y pretenden buscar nuevas formas de ingresar y distribuir más mercancías de contrabando, como, por ejemplo: la búsqueda de recursos y socios para comprar más mercancía en el exterior. Cuentan con establecimientos comerciales para vender el contrabando. En síntesis, se dedican a esta actividad ilícita de tiempo completo.

El objetivo de la organización transgrede el ordenamiento jurídico, constituye un peligro para la tranquilidad colectiva y atenta contra la seguridad pública, ya que al ingresar mercancía al país evadiendo el control aduanero no solamente se está estimulando la competencia desleal y la disminución de recursos públicos, sino también se estimulan las finanzas de grupos de delincuencia organizada, atentando contra la certidumbre, tranquilidad, integridad y la paz social de la comunidad, imposibilitando los proyectos de vida dentro de los mandatos constitucionales y legales establecidos.

Respecto de las conductas realizadas por la procesada se tienen las siguientes:

La señora **JÉSSICA ÁLVAREZ MARTÍNEZ**, c.c. 1.017.145.145 alias "**la hermanita**" es usuaria de la línea celular 3117201438, es la persona encargada de realizar la introducción de las mercancías al territorio colombiano por lugares no habilitados de acuerdo a la normativa aduanera vigente, específicamente desde el corregimiento de Capurganá, municipio de Acandí, Chocó.

Actividad que se le facilita gracias a la ubicación fronteriza de este corregimiento y a los establecimientos públicos con los que cuenta Álvarez Martínez en este lugar Hostal JESSIMAR y el establecimiento comercial denominado Aquí es Capurganá, logra el ingreso del contrabando, generalmente licor y cigarrillos. Coordina con Nelson Villa la entrega de esta mercancía en el municipio de Necoclí, para que este a su vez las envíe a través de buses de servicio público a Medellín. Negocia con LALG el ingreso de nuevas mercancías en grandes cantidades, asociándose con él para lucrarse de esta actividad ilegal.

Su participación en la empresa criminal data del 3 de diciembre de 2018 hasta el mes de septiembre de 2021 (capturas), comunicándose con LALG, 157 veces al abonado 3137830965 y 179 veces al abonado 3128436843, es decir que se comunicaron en 336 ocasiones. También se comunicó con Nelson Villa al abonado 3128731410 en 78 oportunidades».

El 29 de abril de 2022 ante el Juzgado 38° penal municipal con funciones de control de garantías de esta ciudad (Medellín) se llevaron a cabo las audiencias preliminares.

Se formuló imputación de cargos en contra de la procesada por el delito de *Concierto para delinquir*, Art. 340, inciso 4° del C.P. La implicada no se allanó a los cargos.

No se solicitó medida de aseguramiento alguna.

El ente Fiscal radicó escrito de acusación, correspondiéndole el asunto al juzgado 17° penal del circuito con funciones de conocimiento de Medellín.

4. TÉRMINOS DEL ACUERDO

Previo a la instalación de la audiencia de formulación de acusación, las partes informaron a la judicatura que habían llegado a un acuerdo, así:

«La aceptación de responsabilidad de JÉSSICA ÁLVAREZ MARTÍNEZ cobija las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los

hechos materia de investigación y con ello la imputación realizada, por los delitos de *CONCIERTO PARA DELINQUIR CON FINES DE FAVORECIMIENTO Y FACITACIÓN DEL CONTRABANDO*; a cambio de esta aceptación la Fiscalía a efectos de ficción legal la calidad de cómplice, fijando una pena definitiva de TREINTA Y SEIS (36) MESES DE PRISIÓN Y MULTA DE MIL TRESCIENTOS CINCUENTA (1350) SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES».

El Juzgado aprobó el acuerdo.

5. AUDIENCIA DE INDIVIDUALIZACIÓN DE PENA Y SENTENCIA ART. 447 DEL C.P.P.

Según el acta del juzgado, la apoderada de la implicada, solicitó la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

6. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El *iudex a quo* dictó sentencia por medio de la cual condenó a JÉSSICA ÁLVAREZ MARTÍNEZ a la pena a treinta y seis (36) meses de prisión y multa de mil trescientos cincuenta (1350) smlmv, por el delito imputado.

No concedió subrogados, ni sustitutos penales.

Se ordenó expedir la orden de captura.

No concedió el sustituto de prisión domiciliaria como madre cabeza de familia reclamado por la defensa, bajo las siguientes consideraciones:

«De otro lado, fue solicitado por la defensa de **JÉSSICA ÁLVAREZ MARTÍNEZ**, se le concediera a la acusada la prisión domiciliaria o la libertad condicional, para ello refirió que su representada se ha presentado al proceso dando información de cómo operaba en su momento la organización a la cual pertenecía, así mismo allegando diversos elementos que dan cuenta de: (i) su lugar de residencia en Panamá en la Vereda la Miel, (ii) que trabaja para la empresa Clipper en un Duty Free desde hace 10 años, (iii) además de tener dos hijas, una de 15 y otra de 3 años; de las cuales sus padres no se hacían cargo.

(...)

En este sentido y una vez verificada la solicitud, debe indicarse que la defensa de **JÉSSICA ÁLVAREZ MARTÍNEZ** allegó los siguientes elementos, Informe de investigador de campo que data del año 2022, en el cual la señora VERÓNICA PALACIO BETANCUR realiza diversas labores, entre ellas la entrevista al señor ENRIQUE EDGAR MONTENEGRO PAREDES, empleador de la sentenciada, en donde informa que labora para

su empresa como Gerente de una DUTY FREE desde hace 10 u 11 años ubicada en Panamá, la cual cuenta con arraigo, papeles de migración, permiso de trabajo y todas las exigencias requeridas para la suscripción del contrato laboral, de quién refiere desempeñarse como una excelente colaboradora; también se cuenta con la declaración de la procesada, quién indica que labora en la Miel Panamá hace 9 años en un DUTY FREE, que es madre soltera, con dos hijas, una de 14 y otra de 2 años, de las cuales vela de manera exclusiva por cuanto sus padres no responden por ellas.

Así mismo, entrevista a EDWIN ALFONSO MORENO RODRÍGUEZ, quién expuso que tenía una hija con la señora **JÉSSICA ÁLVAREZ MARTÍNEZ**, de dos años de edad y que vivía con aquella, además que en la actualidad no tienen ninguna relación sentimental, así mismo que se desempeñaba como comerciante. Se arrimó Constancia laboral de la procesada, en donde consta que desde el 1° de mayo de 2019 se desempeña como empleada de las DELICIAS DUTY FREE # 4 S.A; constancia suscrita por el Licenciado JAVIER CEBALLOS AYARZA, Delegado Administrativo, Corregimiento de Puerto Obaldía, el cual pertenece a la Casa de Justicia Comunitaria de la Paz, el cual refiere que la señora **JÉSSICA ÁLVAREZ MARTÍNEZ** reside en la casa P-9 de Calle la Playa, comunidad de la Miel, del corregimiento de Puerto Obaldía, comarca Guna Yala.

De igual manera el certificado de nacimiento # 15610657 de la menor MARÍA ISABELLA MORENO ÁLVAREZ identificada con el número 8-1239-808 nacida el 17 de enero de 2020 en el Hospital Nacional corregimiento de Calidonia en el país de Panamá, hija de EDWIN ALFONSO MORENO RODRÍGUEZ y **JÉSSICA ÁLVAREZ MARTÍNEZ**, ciudadanos colombianos. Registro Civil de Nacimiento con el NUIP 1.025.652.818 de la menor MARÍA JOSÉ PALACIOS ÁLVAREZ, nacida el 22 de junio de 2008 en Medellín, hija de **JÉSSICA ÁLVAREZ MARTÍNEZ** y JOSÉ ARIEL PALACIOS PALACIOS.

Del mismo modo, el informe socioeconómico realizado a la señora **JÉSSICA ÁLVAREZ MARTÍNEZ**, en donde se refiere que es la madre de las menores MARÍA JOSÉ PALACIOS ÁLVAREZ de 14 años y de MARÍA ISABELLA MORENO ÁLVAREZ de 3 años de edad; mismas que están a su cuidado y bajo sustento económico que proviene del trabajo que ejerce como administradora de una tienda DUTY FREE ubicada en Panamá; pero en el mismo se advierte que:

“Los ingresos económicos con los que la familia contaba anteriormente se daban gracias al trabajo que ella le realizaba a una tienda llamada DUTTY FREE, de allí se derivan los ingresos para el sostenimiento de la familia, de los cuales se derivan los siguientes egresos: Canon de arrendamiento \$600.000, Servicios Públicos \$100.000, Alimentación \$250.000, Gastos Escolares-Recreación \$150.000

Es de anotar que después de realizada la orden de captura los ingresos económicos de la familia se dan gracias a la ayuda de algunos familiares, quien cada mes le envía \$900.000 (novecientos mil pesos), enviados desde otro país, de los cuales los egresos son los siguientes: Canon de arrendamiento \$600.000, Alimentación \$250.000 y Servicios Públicos \$100.000”
 (...)

“Es de anotar que su madre no puede salir a laboral, y solo se proveen de los alimentos, que sus familiares maternos les suministran y del restante económico que le queda a su madre después de asumir los gastos de la familia”.

Se anexó también el carné de residencia permanente de **JÉSSICA ÁLVAREZ MARTÍNEZ**, la constancia laboral emitida el 25 de octubre de 2021 por LAS DELICIAS DUTY FREE # 4 SAS suscrita por ADOLFO HURTADO, Contralor Cliper y Afiliadas, que da cuenta que la misma labora desde el 01 de diciembre de 2013 como Gerente de Tienda; Copia del contrato individual de trabajo suscrita por la procesada con la empresa CLIPER ZONA LIBRE S.A con fecha 30 de noviembre de 2018, copia del contrato individual de trabajo por tiempo definido suscrito por la sentenciada con la empresa CLIPER ZONA LIBRE S.A de fecha 1° de diciembre de 2013, certificado de persona jurídica expedido por el Registro Público de Panamá relacionado con la sociedad LAS DELICIAS DUTY FREE # 4 SAS, aviso de operación de la empresa, protocolización del pacto social de la mencionada empresa.

En relación con este tema, debe indicarse que, si bien la defensa hizo alusión a varios aspectos al momento de su intervención, le corresponde al suscrito dilucidar cada uno de ellos, en aras de dar respuesta a todos los puntos elevados, iniciando con lo concerniente a la información que otorgó su representada, así como la situación de ponerse a disposición de las autoridades una vez fue requerida en el proceso penal mediante orden de captura; debe aclararse que esta situación de ninguna manera se enmarca en la primera parte del artículo 68-A que dispone la concesión de los subrogados penales debido a los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que la misma sea afectiva; ya que esta figura no se enmarca dentro de la terminación anticipada vía preacuerdo que se adelantó en el presente caso.

En segunda medida, el párrafo segundo de la norma citada señala que *“Lo dispuesto en el primer inciso del presente artículo no se aplicará respecto de la suspensión de la ejecución de la pena, cuando los antecedentes personales, sociales y familiares sean indicativos de que no existe la posibilidad de la ejecución de la pena”*; tampoco es una situación que tenga cabida de prosperar, teniendo en cuenta las consideraciones que fueron expuestas al inicio del acápite, en cuanto a la existencia de una prohibición legal para la concesión del

mencionado subrogado, lo que imposibilita de entrada analizar entonces esos aspectos subjetivos mencionados en la norma.

En lo concerniente a la solicitud de la aplicación de la prisión domiciliaria como cabeza de familia, debe indicarse que, de lo aportado en el expediente, si bien fue claro en develarse la existencia de dos hijas menores de edad, de 14 y 3 años respectivamente, así como de establecerse la vinculación laboral actual de la sentenciada; lo cierto es que, de ese estudio, no se satisfacen las condiciones a las que viene haciéndose referencia, pues consta que:

- i) ambas menores cuentan con sus respectivos padres, el señor EDWIN ALFONSO MORENO RODRÍGUEZ y JOSÉ ARIEL PALACIOS PALACIOS, de los cuales no se acreditó ninguna imposibilidad para que éstos se hicieran cargo de las obligaciones como representantes legales de aquellas, solo se trajo información del señor MORENO RODRÍGUEZ sobre su calidad de comerciante y residente en Capurganá; entonces, si bien sobre ambos padres se dijo que éstos no se han hecho cargo de las mencionadas menores, ello por si solo no demuestra que estén en imposibilidad de ejercer la guarda y procurar ese cuidado, protección, cariño, y demás para cada una de las menores.
- ii) Del estudio socio familiar allegado, no se indicó porqué profesional fue realizado ni la fecha de su realización, del mismo si bien se señalaron los gastos del hogar y que las niñas residen con la madre, también se indicó que estos gastos desde la emisión de la orden de captura eran asumidos por la familia materna los cuales ascendían a la suma de novecientos mil pesos (900.000\$), el cual se contradice con la información indicada por **JÉSSICA ÁLVAREZ MARTÍNEZ** y por las certificaciones laborales arrimadas, que dan cuenta de una labor desempeñada desde el año 2013 en Panamá para CLIPER ZONA LIBRE S.A ahora denominada DELICIAS DUTY FREE # 4 SAS;
- iii) No se acreditó esa posible afectación sustancial a las condiciones de vida de las menores en atención a la eventual privación de la libertad de la madre, en donde sus condiciones económicas, derechos, cuidado personal y guarda se vean menoscabados de manera directa por esta situación; por el contrario, lo que quedó claro es la presencia de padres que pueden hacerse cargo de éstas y del apoyo de la familia extensa por parte de la madre.
- iv) Se advierte que al acreditar un arraigo en el corregimiento de la Miel en Panamá, este lugar tiene relación directa con las conductas investigadas, además de señalarse que su actividad laboral la ejecuta en este

país desde hace 10 años, significa entonces que a la par de su ejercicio laboral legal en el país vecino, concurrió la ejecución de conductas ilegales de manera inicial desde el año 2018 y que son objeto de reproche en la presente providencia, lo cual permite al menos inferir un riesgo potencial de reiteración de la conducta, debido a la importancia, facilidad e identidad de lugar con la que se puede concertar y coordinar para la introducción de manera ilegal al país de diversas mercancías;

- v) En lo atinente con el principio de solidaridad, que impone a cada miembro de la sociedad y de la familia el deber de ayudar a sus parientes, cuando se trate de salvaguardar, proteger y propender por el cuidado de los menores de edad, en el presente caso nada se acreditó al respecto, no se brindó ninguna información respecto a sus padres, tíos, abuelos, sobre una imposibilidad real de éstos para acoger a las menores de edad;
- vi) En lo que respecta al interés superior del menor, el cual implica reconocer a su favor un trato preferente de parte de la familia, la sociedad, y el Estado, procurando siempre su desarrollo armónico e integral; este no puede ser tomado como una razón absoluta al momento del análisis de la concesión de este tipo de subrogados, ya que si bien el mismo fue contemplado como un derecho de los infantes, y no como un privilegio de las personas procesadas, lo cierto es que para su reconocimiento deben concurrir una serie de requisitos, de los cuales ante su inobservancia y falta de prueba, no pueden ser reconocidos.

Bajo este análisis, deviene que la propuesta de la defensa no encontró sustento suficiente en los elementos de prueba ofrecidos, y más bien, de ese mismo contenido se observa que actualmente, la medida de reclusión que debe imponerse a la procesada, no genera en sus familiares una afectación sustancial o vulneración a un derecho fundamental, razón por la cual no se accederá a lo pedido, pues no se acreditó la calidad de madre cabeza de familia».

7. RECURSO DE APELACIÓN

La abogada de la implicada, doctora NATALIA HERRERA PÉREZ, apeló la decisión y solicitó analizar y conceder la detención domiciliaria a favor de su prohijada dada su condición de madre cabeza de familia, pues el juez de primer grado desconoció la normativa referente al tema; no tuvo en cuenta las circunstancias particulares, sociales y familiares de la procesada.

Refirió la apelante:

«Ahora, el juzgado en primera instancia inaplicó el enfoque diferencial de que trata el art. 3° de la Ley 1709 de 2014, a la hora de evaluar los requisitos de la sustitución de la prisión en calidad de padre cabeza de familia y de esa manera, se vulneraron garantías fundamentales en cabeza de la sentenciada, desconociendo por demás el principio de solidaridad que rige el núcleo extensivo que se consideró de manera errónea y se entendió como quien puede hacer cargo de las menores, la igualdad ante la Ley y los derechos a la asistencia alimentaria, al mínimo vital, a la vida digna y al libre desarrollo de la personalidad, así como la protección reforzada a la mujer y a los menores de edad.

Por otra parte, el desempeño personal, laboral, familiar y social de mi representada, que se ve influenciado por la gravedad de las conductas por las cuales se le condenó, especialmente en los ámbitos social y laboral, permite inferir que no pondrá en peligro a la comunidad.

(...)

Por tal motivo, si era del caso, el JUZGADO DIECISIETE PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES (sic) DE CONOCIMIENTO, pudo haber oficiado a la entidad competente para realizar un estudio socio-familiar para determinar las circunstancias particulares de mi representada, el núcleo extensivo, sus hijas y en general de todo su núcleo familiar, pues “No hay derecho sin acción ni acción sin derecho” lo que permite desprender que la acción es un proceso, y que si no puedo ejercer o accionar el derecho, no estoy siendo protegido por el derecho mismo. Así las cosas, la constitucionalización del derecho al debido proceso ha llevado a que los derechos fundamentales se constituyan en garantías procesales y se reitera, principalmente cuando se tratan de menores de edad.

Art. 44 Constitución Política de Colombia: (...)».

Por lo expuesto, solicitó se conceda la **prisión domiciliaria** en favor de su representada, por ostentar la calidad de madre cabeza de familia.

Ha de acotarse que el apoderado de víctimas en representación de la DIAN, también recurrió la decisión; empero, el juzgado de primer grado declaró desierto el recurso instaurado por extemporaneidad.

8. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala dará respuesta a los planteamientos de la impugnante.

9. SOLICITUD DE PRISIÓN DOMICILIARIA A FAVOR DE LA IMPLICADA

Explica la 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. 2° de la Ley 82 de 1993 define el concepto de mujer (hombre) cabeza de familia, así:

«Artículo 2°. 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, expresando las circunstancias básicas de su caso y sin que por este concepto se causen emolumentos notariales a su cargo»².

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, 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 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 analiza»⁴.

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.

⁴ Magistrado Ponente, Marco Gerardo Monroy Cabra.

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».

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

10. 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 1251-2021, 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 el presente asunto.

«4.2.2.1. 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

⁵ CSJ SP, 13 junio 2007, rad. 27.064.

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 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)”.

«4.2.2.2. 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,

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.

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 reclusa** 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 reclusa, 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 reclusa, **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 reclusa en centro carcelario o penitenciario, a través de la redención de su pena por trabajo comunitario⁹»*

(...)

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).

⁷ Gaceta del Congreso N° 113 de 2001.

⁸ Negrilla no hace parte del texto original.

⁹ Ibidem.

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, 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*».

11. 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 C.P.P.).

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

12. 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

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 2009, entre otros

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

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 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.

13. ELEMENTOS MATERIALES DE PRUEBA APORTADOS POR PARTE DE LA DEFENSA

- Registros civiles de las dos menores de edad, hijas de la procesada.
- En la entrevista realizada a ENRIQUE EDGAR MONTENEGRO PAREDES, presidente del grupo empresarial CLIPPER ZONA LIBRE Y ASOCIADAS, la cual tiene divisiones de las tiendas libres de impuestos o mal llamadas TIENDAS DUTY FREE señaló que la procesada es Colaboradora y Gerente de una de ellas en Panamá, pues allí tiene su arraigo; la función que desempeña es «*atender todo lo que es el cliente la menudeo o lo que llamamos nosotros al detal que llegan a la tienda*»; también de pedir o hacer los requerimientos de mercancía y dar el listado de todos los productos, control de cobro, dinero, control de inventario, control de pedidos; «*JESSICA en su calidad de gerenta de tienda encargada de la tienda de la Miel como son las otras encargadas también de su trabajo es manejar todo lo que es la parte administrativa, planillas, caja menuda, pagos con tarjeta de crédito, transferencias y la parte de comercialización de los mismos productos en su mayoría al menudeo o al detal así que esas son las funciones o las actividades que desarrolla*»; trabaja hace más de 10 años con el grupo empresarial, en las instalaciones ubicadas en la Miel, tiene su arraigo y su familia en Panamá; también, tiene familia en Colombia, porque de allí es originaria, pero su arraigo es en Panamá, con los papeles de migración, permisos de trabajo y todas las exigencias para tener un contrato laboral con ella. No tienen ninguna queja de ella y es una persona de su confianza para los tres socios del grupo empresarial.

¹² CSJ SP rad. 34.784 de 23 marzo de 2011.

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

Refirió que este tipo de licencias de operaciones de tiendas DUTTY FREE ya sea de cualquiera de las fronteras del país tiene prohibida la venta a los nacionales de Panamá; es decir, un panameño no puede comprar en estas tiendas, es exclusivamente para personas extranjeras o Panameños residentes en el extranjero.

Explicó cómo se hace el envío de mercancías hasta La Miel, cómo sale la mercancía de mayoristas y la entrega a la Aduana.

Agregó que está en ese negocio desde 1990, con comerciantes reconocidos y la procesada es una persona de confianza para ellos.

- Entrevista realizada a EDWIN ALFONSO MORENO RODRIGUEZ, señaló que es el papá de MIMA con 3 años de edad, es el único vínculo que tiene con la procesada; ella está a cargo de la menor, es una excelente mamá y persona; hace 4 años la conoce, pero no tienen una relación sentimental; la vincularon a este proceso, pero ella labora en una empresa legalmente constituida y ejerce sus funciones como administradora, no hace nada ilícito; solo tiene contacto con la procesada por su hija; que no ha sido fácil en el momento de ayudarla económicamente, porque es comerciante *«y bueno para nadie es un secreto que la parte comercial ha estado siempre difícil después de la pandemia y eso nos ha afectado bastante, apenas se está como reactivando el comercio en el ámbito del turismo que es donde más estoy enfocado en este momento»*.

Nunca vio ninguna relación extralaboral con personas o clientes en su entorno, no tiene la necesidad de ponerse a hacer algo ilícito; tiene un buen trabajo y sus hijas están muy pequeñas; ella es una administradora de una tienda libre de impuestos, la función es vender como cualquier administrador. *«las funciones de ella es administrar es recibir la mercancía, dar las ordenes que organice la estantería, que todo el negocio funcione dentro de lo que está establecido como un negocio comercial, de pronto también pues mandar a que organicen todo bodega, todo lo que genera uno ser administrador de un negocio y toda la responsabilidad de que no se dañe la mercancía todo eso es la función de ella»*.

- Entrevista a JÉSSICA ÁLVAREZ MARTÍNEZ, quien informó que está radicada en Panamá, ciudad Panamá, la Miel, un pueblito de Panamá; trabaja en las delicias DUTY FREE en la Miel Panamá hace 9 años, zona franca, donde viene la mercancía de la ciudad de Panamá en zona libre; dice que venden toda clase de mercancías al por mayor y al detal; hay muchos clientes la mayoría colombianos; nunca ha hecho ningún tipo de negocios con ellos. Atiende clientes desde las 9 de la mañana hasta las 5 de la tarde. Su labor como administradora *«pues yo estoy hay (sic) pendiente de los correos de la empresa de a cualquier información, pendiente pues de los movimientos, hay veces también me toca de cajera, facturando»*. Están ubicados en todo el muelle, llevan la mercancía hasta la punta del muelle; ahí la reciben los dueños, los lancheros que se la llevan en transportes pequeños.

Es madre soltera, tiene dos hijas, una de 14 y otra de 2 años, vela por ellas, los padres no responden, lleva la obligación de las dos, las niñas viven con ella; su rutina es ir al trabajo y atender sus hijas.

Quiere dejar claro en la entrevista que su labor en el DUTTY FREE es únicamente de Administradora, ella recibe órdenes de su jefe quien le indica

dónde se entrega la mercancía, donde le envían un correo, ella entrega la mercancía, los clientes van y buscan su mercancía, lo que pasa desde ese muelle hacia Colombia no es problema de ella. Cumplen con entregar la factura, se supone que cuando ingresan la mercancía a Colombia tienen que pagar un impuesto.

No ha tenido vínculo con personas que manejen embarques, transporte o maneje mercancías. La mercancía siempre la entregan en el muelle, el cliente va y busca su mercancía, de ahí la retiran los dueños. No es socia de nadie.

- Informe socio-económico: Allí se consignó que actualmente sus hijas viven en un apartamento rentado por una vecina, en la zona veredal de la Miel en Panamá, por el valor de \$600.000; la vecina es la cuidadora de sus dos hijas. No refiere el nombre de la dama mencionada.

Los ingresos económicos para el sostenimiento de su familia derivan de ella, pero después de la orden de captura la ayuda económica proviene de algunos familiares, quienes cada mes le consignan \$900.000, enviados desde otro país.

Su madre no puede salir a trabajar, los alimentos los proveen sus familiares maternos y del restante económico que le queda a su madre, después de asumir los gastos de la familia.

«JUICIO PROFESIONAL. Como profesional evidencio que la economía familiar depende únicamente de los ingresos enviados por un familiar \$900.000 (Novecientos mil pesos). No se evidencia otros ingresos adicionales, los alimentos (desayuno-almuerzo-cena) son suministrados en algunas ocasiones por sus familiares, de los menores los cuales habitan algunos en el mismo sector veredal.

No se observan ingresos adicionales en el hogar por parte del padre o alguien ajeno a la familia, lo que dificulta un buen desarrollo de las niñas, en cuanto a espacios de recreación y libre esparcimiento».

- Certificado de CLIPPER ZONA LIBRE S.A, zona libre Colón en la que se demuestra que JESSICA ALVAREZ tiene un contrato laboral con LAS DELICIAS DUTY FREE N°4 S.A.
- Contratos Individuales de trabajo por tiempo definido con CLIPPER ZONA LIBRE S.A.
- Documentos con los que se demuestra la legalidad, existencia y representación de la empresa LAS DELICIAS DUTY FREE N°4.

14. PRUEBA SOBRE LA CALIDAD DE MADRE O PADRE CABEZA DE FAMILIA EN EL CASO CONCRETO

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, lo cual no se acredita en la foliatura.

Del acervo probatorio allegado no se puede concluir que es indispensable la presencia de JÉSSICA ÁLVAREZ MARTÍNEZ en su lugar de residencia.

Si bien sus hijas MIMA y MJPA son menores de edad, actualmente de 3 y 15 años respectivamente, cuentan con sus progenitores, EDWIN ALFONSO MORENO RODRIGUEZ y JOSE ARIEL PALACIOS PALACIOS, primeros llamados a velar por su cuidado y protección.

Lo anterior, se infiere de los registros civiles de nacimientos aportados.

Ahora bien, en las entrevistas rendidas por EDWIN ALFONSO MORENO RODRIGUEZ y de la procesada, se resalta que es madre soltera; que no cuenta con el apoyo de nadie y está sola a cargo de las dos niñas; empero, no se expusieron circunstancias determinantes que lleven a colegir impedimento alguno por parte del prenombrado para velar por las necesidades de su hija MIMA; máxime cuando informa que es comerciante, es decir, desarrolla una actividad económica.

No es de recibo que afirme *«para mí no ha sido fácil en el momento ayudarla económicamente»*, es que el beneficio del sustituto que hoy se reclama es en favor de los menores y no de los padres.

Nada justifica que prescinda de sus obligaciones no solo económicas, sino de acompañamiento, salud y cuidado hacia su hija de tan solo 3 años de edad.

Por demás, no se advirtió alguna circunstancia física o mental que le impida a los padres de MIMA y MJPA proveer las necesidades de protección y cuidado que demandan; menos aún, se acreditó que estuvieran en curso algún proceso en su contra para inferir mínimamente incumplimiento de sus deberes con sus descendientes.

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»*.

Lo que significa que MIMA y MJPA cuentan con sus respectivos padres biológicos primeros llamado a velar por sus derechos.

Adicionalmente, con el informe socioeconómico aportado se observa que las menores cuentan con familia extensa o red de apoyo, la abuela o progenitora de la procesada y otros familiares que, según en el acápite *«juicio profesional»*, viven en el mismo sector donde residen las menores; quienes también están llamados a velar por los intereses de las niñas en virtud de los lazos de solidaridad; y, como según se infiere actualmente están prestos a solventar sus necesidades.

No se comprueba, entonces, ausencia absoluta por parte de los padres biológicos de MIMA y MJPA, ni de otros familiares, lo que desdibuja ese elemento de desprotección de las menores.

Es cierto que, JÉSSICA ÁLVAREZ MARTÍNEZ se encuentra en prisión intramural, lo cual incide en su unidad familiar, en su cotidianidad, en el aspecto económico y afectivo de su hogar; pero también es cierto que es una de las consecuencias frente a una sentencia de condena.

La demás documentación aportada por parte de la defensa, está dirigida a demostrar que la procesada tiene un contrato laboral con una empresa legalmente constituida, en la cual trabaja hace aproximadamente 10 años y de donde se derivan sus ingresos; empero, como se advirtió les corresponderá a los padres de las menores entrar a suplir sus necesidades en cumplimiento de sus deberes legales.

Así pues, las menores no se encuentran en una situación de abandono o desprotección.

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 las menores.

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

No se accederá entonces al pedimento de la señora abogada defensora, sin perjuicio 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, pues esta decisión en particular cobra apenas ejecutoria formal y no material, es decir, que es eminentemente variable según avance el grado de conocimiento.

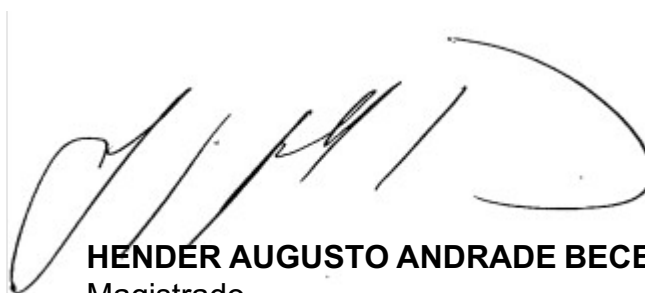
15. RESOLUCIÓN

EL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA DE DECISIÓN PENAL, administrando Justicia en nombre de la República y autoridad de la ley, **(i) NIEGA** la pretensión de reconocimiento de la calidad de madre cabeza de familia para la procesada JÉSSICA ÁLVAREZ MARTÍNEZ, por las razones expuestas; **(ii)** en los demás se **CONFIRMA** en su integridad la sentencia de condena proferida en contra de la ciudadana JÉSSICA ÁLVAREZ MARTÍNEZ, por las razones expuestas, y **(iii)** contra esta sentencia procede casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


NELSON SARAY BOTERO
Magistrado

| FICHA DE REGISTRO | |
|--------------------------|---|
| Radicación | 11 001 60 000 96 2018 00223 |
| Acusado | Jéssica Álvarez Martínez |
| Delito | Concierto para delinquir con fines de favorecimiento y facilitación al contrabando. |
| Juzgado <i>a quo</i> | Diecisiete (17°) penal circuito con funciones de conocimiento de Medellín, Antioquia. |
| Asunto | Apelación de sentencia proferida en trámite de audiencia de preacuerdo. |



HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA
Magistrado



JUAN CARLOS ACEVEDO VELÁSQUEZ
Magistrado