

SUSTITUCIÓN PRISIÓN POR PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE UTILIDAD PÚBLICA – Requisitos conforme la Ley 2292 de 2023.

SUSTITUCIÓN PRISIÓN POR PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE UTILIDAD PÚBLICA – Se requiere contar con el previo consentimiento del condenado.

(...) otro de los requisitos para que proceda dicho sucedáneo es que se cuente con el consentimiento previo, libre y voluntario de la propia acusada para acceder a la figura. (...)

(...) Ello tiene fundamento en los principios y derechos de dignidad humana y autonomía y en los fines de resocialización y justicia restaurativa que pretende lograr el novedoso instituto. Justamente, conforme la dignidad humana, una de sus facetas entraña la posibilidad de todo ser humano de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características y considera a cada individuo como un ser autónomo, capaz de tomar decisiones sobre su propia vida. Lo que en este caso explica que acceder al trabajo social como forma de cumplimiento de la pena parta de una decisión de los individuos como seres con autonomía y autodeterminación. (...)

(...) es indispensable contar con la decisión libre y voluntaria de la procesada de someterse a la prestación de servicios de utilidad pública, lo que aquí se extraña. En audiencia del artículo 447 ni en ningún momento procesal, la señora ... expresó su deseo de acceder a la prestación de servicios de utilidad pública. Además, si bien es cierto la defensa, después de la petición del Ministerio Público para que se aplique la Ley 2292 de 2023, secundó esa solicitud, el consentimiento debe provenir directamente de la acusada y no puede ser subrogado por la expresión de la abogada defensora (...)

PRISIÓN DOMICILIARIA PARA MADRES CABEZA DE FAMILIA – Presupuestos establecidos en la Ley 750 de 2002 y la jurisprudencia.

PRISIÓN DOMICILIARIA PARA MADRES CABEZA DE FAMILIA – Cuando el condenado tenga a cargo personas incapaces o incapacitadas para trabajar se debe acreditar la deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.

PRISIÓN DOMICILIARIA PARA MADRES CABEZA DE FAMILIA – No procede.

(...) Aunque la defensa ha alegado que la encausada es madre cabeza de familia, en tanto es la única que se ocupa de aquellas labores respecto del señor..., no está satisfecho el requisito relativo a la deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del hogar. En las entrevistas rendidas por la propia acusada se consignó que ella tiene un hijo con otra persona y dos hijos con el señor ..., todos mayores de edad. De ese modo, se constata la presencia de familia extensa que por el deber de solidaridad debe concurrir en el cuidado del consorte de la procesada. (...)

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto

Sala de Decisión Penal

Magistrado Ponente:
Asunto:
Delito:
Acusado:
Radicación:
Aprobación:

Franco Solarte Portilla
Apelación sentencia condenatoria
Tráfico de estupefacientes
...
520016000491202200532-01N.I.38354
Acta No. 2025-021 (21 de febrero de 2025)

San Juan de Pasto, veintiséis de febrero de dos mil veinticinco

1. Objeto del pronunciamiento

Resolver los recursos de apelación propuestos por el Ministerio Público y la defensa de la señora ... en contra de la sentencia del 19 de septiembre de 2024 dictada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto, mediante la cual, previa suscripción de un preacuerdo, se condenó a dicha ciudadana como autora del delito de tráfico de estupefacientes a 13 meses de prisión e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas, sin que se le concediera subrogado o sustituto alguno.

2. Resumen de los hechos jurídicamente relevantes

Según están narrados en el escrito de acusación, el 9 de marzo de 2022, a las 10:40 de la mañana, aproximadamente, en el sector de San Francisco del corregimiento de Jongovito, en desarrollo de una diligencia de registro y allanamiento practicada en un inmueble sin nomenclatura visible, se incautó a la señora ... 7 bolsas transparentes contentivas de 2 gramos de cocaína, alojadas en el primer cajón de un nochero que hacía parte de un dormitorio, motivo por el que fue capturada en flagrancia.

3. Síntesis de la actuación cumplida

Las audiencias preliminares concentradas se llevaron a cabo el 10 y 11 de marzo de 2022 ante el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Pasto. En ellas se legalizó la orden y el procedimiento de registro y allanamiento, la incautación y la captura de la precitada ciudadana;

se formuló imputación como autora del delito de tráfico de estupefacientes previsto en el inciso 2 del artículo 376 del Código Penal, bajo los verbos rectores almacenar, vender u ofrecer, y se impusieron las medidas no privativas de la libertad contempladas en los numerales 3 y 4 del literal b del artículo 307 del Código de Procedimiento Penal.

Como la procesada no aceptó los cargos, la fiscalía presentó escrito de acusación que correspondió al Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto. Empero, antes de que se celebrase la audiencia de formulación respectiva, las partes presentaron en audiencia del 2 de julio de 2024 un preacuerdo con base factual, en virtud del cual se reconocieron las circunstancias de marginalidad señaladas en el artículo 56 del Código Penal y se fijaron las penas en 13 meses de prisión, multa de 0.35 salarios mínimos legales mensuales vigentes y la accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso. El convenio fue aprobado el 19 de septiembre de 2024, data en la que también se desarrolló la individualización de la pena y la lectura de sentencia. Se destaca que en aquella oportunidad, la defensa deprecó que se conceda a su representada la prisión domiciliaria para madres cabeza de familia, mientras que el Ministerio Público petitionó que aplique la sustitución de la prisión por servicios de utilidad pública según la Ley 2292 de 2023.

4. La providencia impugnada

Después de rememorar los hechos, los términos del preacuerdo y lo acontecido en audiencia de que trata el artículo 447 adjetivo penal, la primera instancia encontró satisfecho el mínimo probatorio sobre la materialidad del delito y la responsabilidad penal endilgada a la procesada, y en la calificación jurídica y las penas a imponer se atuvo a lo consensuado, a saber, el punible previsto en el inciso 2 del artículo 376 del Código Penal, sancionado en este caso con 13 meses de prisión, tras la aplicación de las circunstancias de marginalidad, multa

de 0.35 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso.

En materia de los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, el Juez singular negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria general, en tanto que el delito de tráfico de estupefacientes se encuentra enlistado en el inciso 2 del artículo 68A del Código Penal.

Sobre la solicitud de prisión domiciliaria para madres cabeza de familia, también la negó. Advirtió que si bien la defensa demostró las humildes condiciones en las que habita la procesada y su consorte (pretense beneficiario del sucedáneo, a quien le fue amputada su pierna derecha producto de una infección bacteriana), según la entrevista de la propia encausada, cuenta con 3 hijos mayores de edad, dos de los cuales son hijos de su consorte. Por ello, el *A quo* constató la existencia de familia extensa a la que le corresponde asumir el cuidado del compañero permanente de la acusada, más cuando no se ha acreditado que aquellos familiares se encuentren en incapacidad física, sensorial, moral o psíquica para hacerlo. Entonces, concluyó que no está satisfecho el requisito relativo a la deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del hogar y, de contera, la condición de cabeza de familia.

Respecto a la aplicación de la Ley 2292 de 2023, el Juez individual también la rehusó. Arguyó que las destinatarias de esas normas son las mujeres cabeza de familia y que para comprender a quién debe reconocérsele esa condición es necesaria la remisión a las leyes y jurisprudencia existentes, puesto que la nueva ley no presenta una nueva definición de madre cabeza de familia, ni le resta requisitos para su consideración, sino que otorga mayores garantías y facilidades a aquellas mujeres. De ese modo, estableció que como en el asunto no se probó la condición de cabeza de familia, tampoco había lugar a sustituir la pena privativa de la libertad por los servicios de utilidad pública.

5. La sustentación de los recursos

5.1. Ministerio Público

Su reparo frente a la decisión de primera instancia lo dirigió en contra de la negativa a que se sustituya la pena de prisión por servicios de utilidad pública. Sostuvo que debe diferenciarse entre la prisión domiciliaria para padres cabeza de familia y los servicios de utilidad pública, estos últimos regulados por la Ley 2292 de 2023, cuya finalidad es que se sustituya la pena de prisión por trabajos sociales según las condiciones que los procesados propongan ante el juez. Así, subrayó que para los efectos de esa norma se entiende de otra manera la condición de cabeza de familia, donde no se exige el requisito de la deficiencia sustancial de los demás miembros del hogar, sino tan solo la jefatura de hogar. Entonces, adujo que el punto medular en esa figura es la marginalidad, la que sí está acreditada en el plenario.

Por otro lado, señaló que el juez de segunda instancia está en posibilidad de cuestionar a la procesada si quiere o no acogerse a esa sustitución y, en todo caso, como la defensa de la encartada ha dicho que sí, puede entenderse que la voluntad de esta ha sido transmitida a su abogada. Aunó que la ausencia en la presentación del plan de servicios no es óbice para que se conceda la figura, pues en ejecución de penas se puede acordar cuál es dicho plan.

5.2. Defensa

Indicó que su intervención en audiencia del artículo 447 estuvo dirigida a que se concediera la figura prevista en el No. 5 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004, en cuanto consagra que se concederá la medida sustitutiva cuando la

persona tenga bajo su cuidado una persona con discapacidad permanente o que no pueda valerse por sí misma, que fue lo que se demostró con los elementos materiales probatorios allegados a la actuación. Por ello, solicitó que se asienta la prisión domiciliaria para madres cabeza de familia. Por otro lado, refirió que invocó la Ley 2292 de 2023, empero, como defensa tiene la misión de hacer valer lo pertinente ante el juez de ejecución de penas, ya que no se presentó el plan de trabajo exigido por esa norma.

6. Los no recurrentes

La fiscalía dijo que se pronunciaría en el término de 5 días como no recurrente, pese a que la sustentación de los recursos de apelación se hizo en audiencia, siendo que en todo caso no se allegó en ningún término la intervención como no apelante.

7. Consideraciones

7.1. Competencia y problemas jurídicos

La Corporación es competente para conocer de este asunto de conformidad con lo previsto en el artículo 34 numeral 1º del Código de Procedimiento Penal.

Así las cosas, corresponde dar solución a los siguientes problemas jurídicos:
*¿se cumplen los presupuestos para conceder en favor de la señora ... la sustitución de la prisión por la prestación de servicios de utilidad pública? y
¿hay lugar a conceder a la acusada la prisión domiciliaria para madres cabeza de familia?*

7.2. Sobre la prestación de servicios de utilidad pública como sustitutiva de la prisión

La Ley 2292 de 2023 creó la prestación de los servicios de utilidad pública como pena sustitutiva de la prisión como una figura para las mujeres cabeza de familia, consistente en el servicio no remunerado que, en libertad, han de prestar las mujeres condenadas a favor de instituciones públicas, organizaciones sin ánimo de lucro y no gubernamentales, mediante trabajos de utilidad pública en el lugar de su domicilio.

Se trata de una acción afirmativa para dichas mujeres en materia de política criminal y penitenciaria que se ideó sin perjuicio de lo establecido en la Ley 750 de 2002 y del numeral 5 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004. Aquella norma contempla la posibilidad de ejecutar una sanción penal de manera restaurativa, en donde la pena se traduce en actividades de impacto social para resarcir el daño y como mecanismo de resocialización, de responsabilización por el delito y de reinserción social efectiva, pues en un Estado Social de derecho debe primar la función de reintegración social conforme al principio de dignidad humana. Además, los servicios de utilidad pública se crearon como acciones afirmativas pensadas desde el enfoque de género y la interseccionalidad, que promueven que el reconocimiento del daño se dé en el marco del acompañamiento interdisciplinar a las mujeres, contribuyendo a la disminución de la discriminación histórica que han sufrido, el fortalecimiento de los factores protectores y la mitigación de los factores de riesgo existentes al momento de la comisión de la conducta delictiva.

Sobre los presupuestos para acceder a dicha sustitución, el artículo 38H del Código Penal, adicionado por la Ley 2292 de 2023, establece que el juez de conocimiento o el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, según el caso, **previo consentimiento de la condenada**, podrá sustituir la pena de

prisión por la de prestación de servicios de utilidad pública durante la cantidad de horas que determine al momento de dictar la sentencia, o en cualquier momento dentro de la ejecución de la misma.

Por su parte, según el artículo 38 I, se concederá la prestación de servicios de utilidad pública así: (i) que la pena impuesta sea igual o inferior a ocho (8) años o se trate de condenas impuestas por la comisión de los delitos establecidos en los artículos 239, 240, 241, 375, 376 y 377 del Código Penal; (ii) que la condenada no tenga antecedentes judiciales, esto es, una condena en firme dentro de los 5 años anteriores a la comisión del delito, salvo que se trate de delitos culposos, que tengan como pena principal la multa o que sea por los mismos delitos señalados antes; **(iii) que la condenada manifieste su voluntad de vincularse libremente a la pena sustitutiva de prestación de servicios de utilidad pública;** (iv) que se demuestre que es madre cabeza de familia, que para los efectos de esta ley será entendido como tener vínculos familiares, demostrando que la condenada ejerce la jefatura del hogar y tiene bajo su cargo afectiva, económica y socialmente de manera permanente hijos menores o personas en condición de discapacidad permanente; (v) que la conducta atribuida a la condenada no tipifique el delito establecido en el artículo 188-D del Código Penal; (vi) que se demuestre que la comisión del delito está asociada a condiciones de marginalidad que afectan la manutención del hogar; (vii) que la condenada comparezca personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerida para ello o en los términos acordados en el plan de servicios; (ix) que no se trate del delito de violencia intrafamiliar; y, (x) el juez podrá exigir el cumplimiento de algunos requisitos adicionales, como no residir o acudir a determinados lugares, no salir del país sin previa autorización judicial, participar en programas especiales de tratamiento para superar problemas de dependencia o consumo problemático de bebidas alcohólicas o psicoactivas, someterse voluntariamente a un tratamiento médico o psicológico, colaborar en el tratamiento para la

recuperación de las víctimas, comprometerse a dejar definitivamente las armas y observar buena conducta individual, familiar y social.

Además, de acuerdo con el artículo 38 J, en el momento de la individualización de la pena, la condenada o su defensor presentarán ante el juez de conocimiento un plan de ejecución del servicio de utilidad pública, o cuando ella haya sido aceptada por alguna de las entidades que para tal efecto tengan convenios con el Ministerio de Justicia y del Derecho. Se determinará el lugar, horario y plan de cumplimiento del servicio de utilidad pública. Lo anterior, será aprobado por el juez de conocimiento en la sentencia y ordenará a la condenada iniciar su ejecución. Ahora, cuando la condenada voluntariamente solicita la sustitución de la pena de prisión por la de prestación de servicios de utilidad pública, sin presentar un plan de servicios, el juez de conocimiento al momento de dictar sentencia podrá concederla, imponiendo el número de horas que deberá cumplir; y le ordenará presentarse ante el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad para que elabore el plan de servicios.

Con la claridad que ofrecen esas disposiciones normativas descendamos al caso concreto. En dicha labor, razón parcial asiste al Ministerio Público en cuanto alega que la concepción de madre cabeza de familia que trae la Ley 2292 de 2023, y solamente para los efectos de esa ley, es distinta a la acepción general de madres cabeza de familia que se emplea vía aplicación de la Ley 750 de 2002, del numeral 5 del artículo 314 del Código de Procedimiento Penal y de los respectivos desarrollos jurisprudenciales.

El texto normativo es explícito, expreso y diáfano en señalar que para los fines de la sustitución de la prisión por la prestación de servicios de utilidad pública se tendrá como madre cabeza de familia a la mujer que, teniendo vínculos familiares, ejerce la jefatura del hogar y tiene bajo su cargo afectiva, económica y socialmente de manera permanente hijos menores o personas en condición

de discapacidad permanente, sin que allí se incluyan otros elementos de la concepción de madres cabeza de familia que se requieren, por ejemplo, para la prisión domiciliaria especial.

Entonces, en el exclusivo contexto de la Ley 2292 de 2023 no se exige, verbigracia, la ausencia total de otro miembro de la familia que pueda hacerse cargo del bienestar de los menores de edad o de los parientes incapacitados para trabajar, esto es, la ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, psíquica o moral del otro cónyuge o compañero permanente o la deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar, como sí se lo reclama cuando ha de evaluarse la prisión domiciliaria de que trata la Ley 750 de 2002.

Allí donde la norma es clara solamente es justo aplicar el criterio gramatical de interpretación, sin que sea necesario acudir a otros modelos interpretativos, como el sistemático, buscando la remisión a otras normas para colmar aparentes vacíos o ambigüedades que no existen. Por ello, no fue atinado que la primera instancia despachara negativamente la petición a la sazón de que para comprender si la acusada tenía o no la condición de madre cabeza de familia debía acudirse a lo reglado en la Ley 750 de 2002 y los desarrollos jurisprudenciales en torno a la prisión domiciliaria para padres y madres cabeza de familia, por cuanto en su parecer la Ley 2292 de 2023 no modificó ni derogó las demás normas que hablan sobre la condición de madre cabeza de familia. Es cierto que la ley del año 2023 se aplica sin perjuicio de la Ley 750 y del artículo 314.5 del Código de Procedimiento Penal, pero, se repite, para los efectos de la prestación de servicios de utilidad pública existe norma especial que regula lo que debe entenderse y acreditarse como madre cabeza de familia.

No obstante, que se acepte lo anterior no implica que deba concederse la pena sustitutiva alegada por el señor Procurador. Como se vio, otro de los requisitos para que proceda dicho sucedáneo es que se cuente con el consentimiento previo, libre y voluntario de la propia acusada para acceder a la figura. Este no es un requisito de menor importancia, ni se trata de una mera formalidad, sino un presupuesto *sine qua non* para la procedencia de esta nueva forma de sustitución.

Ello tiene fundamento en los principios y derechos de dignidad humana y autonomía y en los fines de resocialización y justicia restaurativa que pretende lograr el novedoso instituto. Justamente, conforme la dignidad humana, una de sus facetas entraña la posibilidad de todo ser humano de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características y considera a cada individuo como un ser autónomo, capaz de tomar decisiones sobre su propia vida. Lo que en este caso explica que acceder al trabajo social como forma de cumplimiento de la pena parta de una decisión de los individuos como seres con autonomía y autodeterminación.

Asimismo, los servicios de utilidad pública buscan la reinserción social del condenado, lo cual solamente es efectivo si la persona asume voluntariamente su compromiso con la sociedad. De la misma manera, en el marco de la justicia restaurativa, que implica una visión alternativa del tratamiento del conflicto con miras a superar las limitaciones propias del sistema de justicia formal, se busca devolver el conflicto a las partes para que estas solucionen sus controversias y restauren el tejido social afectado. Por ende, es intrínseco a ello que las partes involucradas asuman de manera voluntaria e informada su participación activa en la solución de las consecuencias negativas de la conducta punible, con la finalidad de lograr que el autor asuma su responsabilidad y que la víctima sea restaurada, así como la reintegración del infractor, restableciendo los vínculos con la sociedad a la que también se ha dañado con la conducta punible. Luego,

es natural que, si los servicios de utilidad pública se insertan en el concepto de justicia restaurativa, sus participantes lo hagan desde su consentimiento y voluntariedad.

Por cuenta de ello, es indispensable contar con la decisión libre y voluntaria de la procesada de someterse a la prestación de servicios de utilidad pública, lo que aquí se extraña. En audiencia del artículo 447 ni en ningún momento procesal, la señora GARCÍA NUPÁN expresó su deseo de acceder a la prestación de servicios de utilidad pública. Además, si bien es cierto la defensa, después de la petición del Ministerio Público para que se aplique la Ley 2292 de 2023, secundó esa solicitud, el consentimiento debe provenir directamente de la acusada y no puede ser subrogado por la expresión de la abogada defensora, más cuando, como lo advirtió el *A quo*, dicha coadyuvancia no se dio de manera espontánea, sino circunstancial a la petición del señor Procurador. Tanto es así que la defensa no planteó de forma seria una petición de prestación de servicios de utilidad pública y que en la apelación refirió que acudiría con esa finalidad al juez de ejecución de penas.

Es por esta razón que se confirmará la decisión de primera instancia en punto de negar la pena sustitutiva estudiada. Ello, sin perjuicio de que la condenada pueda solicitar la aplicación de la figura ante los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad según su criterio y voluntad para acceder a la prestación de servicios de utilidad pública.

7.3. La prisión domiciliaria para madres y padres cabeza de familia

De manera preliminar a abordar si hay lugar o no a conceder a la procesada la prisión domiciliaria para madres cabeza de familia es necesario que la Sala se refiera a la sustentación de la alzada por parte de la defensa.

Se recordará que el Juez individual negó ese sustituto por cuenta de que no se había demostrado uno de los elementos de la condición de madre cabeza de familia, a saber, la deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del hogar, conforme así lo exigen la Ley 750 de 2002 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia. En la apelación, la apoderada de la procesada indicó que su intervención en audiencia del artículo 447 estuvo dirigida a que se concediera la figura prevista en el numeral 5 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004, en cuanto consagra que se concederá la medida sustitutiva cuando la persona tenga bajo su cuidado una persona con discapacidad permanente o que no pueda valerse por sí misma, que fue lo que se demostró con los elementos materiales probatorios allegados a la actuación.

Si bien es verdad que dicha sustentación no puede elogiarse por su prolijidad, acudiendo al principio de caridad argumentativa es dable conocer de fondo la alzada, encontrando el sentido de su inconformidad para erigir un problema jurídico concreto que necesita ser zanjado en esta oportunidad. De lo dicho por la recurrente puede colegirse que su descontento con la decisión de primer grado se dirige en contra de la negativa a conceder la prisión domiciliaria para madres cabeza de familia, con fundamento en que lo que debe aplicarse es el numeral 5 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004. Según la abogada, ello aparentemente exigiría menores requisitos o menos demandantes en aras de permitir que la procesada purgue su pena en su domicilio, en comparación con los que se reclaman conforme la Ley 750 de 2002. En adición, en su criterio basta acreditar que una persona tenga bajo su cuidado a una persona con discapacidad permanente para el éxito de su pretensión.

Con tal anotación, procederá la Sala a resolver el cuestionamiento jurídico que abriga dicha apelación.

La prisión domiciliaria para madres y padres cabeza de familia es un instituto que permite a dichas personas purgar la pena privativa de la libertad en 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. Dicha figura tiene razón de ser no como un beneficio o una gracia para el sujeto activo del proceso penal, sino para las personas que están a su cargo, como los hijos menores de edad y las demás personas incapaces o incapacitadas para trabajar bien por su edad o por problemas graves de salud, siendo estos los destinatarios reales del instituto. Justamente, ello es así, porque el propósito de esta clase de prisión domiciliaria no es otro que la protección de los intereses de los niños o de las demás personas a cargo del procesado que puedan verse en estado de vulnerabilidad manifiesta cuando la única persona que vela por su cuidado es privada de la libertad en centro de reclusión formal. Es por eso que, cuando se trata de esta forma de ejecución de la pena privativa de la libertad, debe ser siempre pensada en clave de los intereses y derechos de esos personajes y no del procesado.

No obstante, la concesión de la prisión domiciliaria especial no es un derecho absoluto e irrestricto, sino que está atada al cumplimiento de unos requisitos que en la Ley 750 de 2002 y por la jurisprudencia de las altas Cortes han sido acrisolados¹. Si se compila dicho ordenamiento jurídico, tales requisitos son los siguientes:

Primero, que la persona infractora tenga la condición de cabeza de familia. En relación con esa calidad, se trata de aquellas personas que tienen a su cargo de manera permanente y exclusiva o son el único soporte de sus hijos menores de edad o de otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar. Se trata de aquellos hombres² o mujeres que son la única persona a cargo del cuidado

¹ CSJ SP, 10 jun. 2020, rad. 55.614.

² C-184 de 2003.

y manutención de sus hijos menores o de las demás personas incapaces o incapacitadas para trabajar que integren su núcleo familiar. Esto implica que la mentada condición no se alcanza solamente con acreditar, por ejemplo, que el interesado tiene un hijo menor de edad, sino que *“es imperioso demostrar, además, la ausencia total de la madre o de otro miembro de la familia que pueda hacerse cargo de su bienestar, o, incluso, la incapacidad de ellos para el efecto”*^{3 4}.

Ha dicho la Corte Suprema de Justicia al respecto lo siguiente:

“36. Como es sabido, la condición de padre o madre cabeza de hogar supone, de manera esencial, que la persona tiene a su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar. Ello puede ser así 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 (ver CSJ SP1251-2020, rad. 55614). Lo anterior significa que la situación de la persona cabeza de hogar implica ausencia absoluta de apoyo de cualquier índole, por parte de otra persona, en relación con quienes tiene a cargo.”⁵

Además, la calidad de cabeza de familia lleva implícita otra condición, cual es que la responsabilidad del procesado para con sus parientes sea permanente, lo que lleva a pensar que antes de su detención aquel ya estaba al cuidado de ellos, lo que haría ciertamente suponer que ante dicha privación de la libertad sus hijos y demás familiares quedarían en estado de abandono y desprotección⁶. Igualmente, esa responsabilidad debe ser integral, pues no basta con acreditar la dependencia económica, sino también el cuidado en otros ámbitos, como el afectivo, en salud, educación, etc.⁷

³ CSJ SP, 10 jun. 2020, rad. 56544.

⁴ En similar concepción ver SU-388 de 2005.

⁵ CSJ SP, 11 mayo 2022, rad. 59979.

⁶ CSJ SP, 16 jul. 2003, rad. 1789.

⁷ CSJ SP, 30 sep. 2009, rad. 30106.

Hay que anotar que, en algún momento del desarrollo jurisprudencial, la Corte Suprema de Justicia abanderó la postura según la cual bastaba que se comprobara la condición de cabeza de familia del peticionario para conceder la prisión domiciliaria, sin consideración a ningún otro requisito. Sin embargo, tal criterio fue abandonado desde el radicado 35943 del 22 de junio de 2011⁸, a partir del cual los siguientes son también los presupuestos que deben acompañar el análisis de este mecanismo.

Segundo, que su desempeño personal, laboral, familiar y social permita inferir que no pondrá en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo. Por una parte, este presupuesto reclama que exista un pronóstico favorable respecto de su comportamiento como individuo, de la forma cómo ha cumplido efectivamente sus deberes para con su familia y la manera cómo se relaciona con sus hijos o sujetos a proteger, su comportamiento pasado en una actividad lícita y su proyección como miembro responsable dentro de la comunidad. Con base en ese estudio de los diferentes ámbitos de la vida es menester sopesar si quien invoca la prisión domiciliaria no pondrá en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo. Si bien es cierto que debe abogarse por la protección de los niños y demás personas vulnerables, también debe el cambio de sitio de reclusión no poner en riesgo a esas personas y/o a la comunidad.⁹

Esto mismo trae intrínseca la necesidad de valorar el tipo de criminalidad en la que estuvo involucrado, porque si se trató de delincuencia que implique la exposición a riesgos para, por ejemplo, a la integridad física y moral de los menores o la comunidad, a través de la amenaza de repetición del comportamiento o de evasión a la justicia, la concesión del sustituto no consultaría su finalidad legal. En efecto, *“el análisis de la gravedad del delito, de cara a determinar el posible peligro para la comunidad, no sólo puede, sino*

⁸ Ver también CSJ AP, 6 dic. 2023, rad. 57222.

⁹ CSJ SP, 10 jun. 2020, rad. 55.614.

que debe abordarse al momento de analizar el presupuesto subjetivo que para la concesión de la prisión domiciliaria consagra el citado precepto”¹⁰. No obstante, cabe precisar que la valoración de la gravedad de la conducta no se la puede hacer de forma abstracta de tal manera que se repita el juicio de antijuridicidad formal que es consustancial a todo punible, ni el estudio que se hace para la imposición de la pena. Lo que concierne desarrollar allí es un juicio concreto sobre el riesgo para las personas a cargo y la comunidad, en este último caso “expresado en la posibilidad de reiteración delictiva ante la falta de reclusión carcelaria del condenado. Si ese riesgo es plausible, la prisión intramuros se hace necesaria, en desmedro del cumplimiento de la pena en el domicilio.”¹¹

En suma, se tiene respecto de este requisito que la ponderación del desempeño del procesado y de la naturaleza y gravedad de la conducta punible, a efectos del visto bueno del sustituto, debe proyectar que este es adecuado para proteger el interés del menor o de las demás personas vulnerables a cargo del infractor y que no comprometerá otros intereses y derechos constitucionalmente relevantes.

Tercero, que la condena no se profiera por delitos tales como genocidio, homicidio, delitos contra las cosas o personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, extorsión, secuestro o desaparición forzada.

Cuarto, que la persona no registre antecedentes penales, salvo por delitos culposos o políticos.

¹⁰ CSJ SP 25 sep. 2019, rad. 54.587.

¹¹ CSJ SP, 10 jun. 2020, rad. 55.614.

Esos supuestos que informan el instituto bajo estudio deben ser probados por la parte procesal interesada, sobre todo si se aduce que los beneficiados con la prisión domiciliaria pueden quedar en estado de abandono o desprotección o que carecen de otros familiares que puedan proveer la satisfacción de sus necesidades básicas¹². Si lo pretendido es reclamar la aplicación de ese tipo de prisión domiciliaria en favor del encausado, este debe acreditar probatoriamente todas las exigencias legales de rigor¹³. Veamos:

“Ahora bien, es importante poner de presente que corresponde a quien pretende que se reconozca la condición de padre cabeza de familia la carga probatoria para acreditar el cumplimiento de los requisitos, por lo que resulta desatinado, como lo planteó el censor, reclamar del Tribunal la demostración la capacidad de la madre para el cuidado del menor ante la ausencia del padre, por el contrario, corresponde a la parte interesada allegar la prueba sobre tal incapacidad.”¹⁴

Al respecto de la prisión domiciliaria especial es necesario también indicar, para dar respuesta al cuestionamiento de la defensa, que está bien decantado que los presupuestos para la concesión de la detención domiciliaria para padres cabeza de familia y los de la prisión domiciliaria por esa misma condición no son los mismos. Cada figura se rige por sus propios supuestos normativos, sin que sea dable hacer una mixtura de unos u otros. Una cosa es la detención, que procede en el trámite del proceso, y otra, muy distinta, la prisión domiciliaria que procede para la ejecución de la pena. Además, el numeral 5 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004 no desplazó ni derogó en modo alguno el artículo 1º de la Ley 750 de 2002 en cuanto a la menor exigencia de requisitos que prevé el primer canon en cita. Veamos:

“En este orden de ideas, si para la Corte el numeral 1 artículo 314 de la Ley 906 de 2004 no modificó la figura de la prisión domiciliaria del artículo 38 del Código Penal, deberá predicarse lo mismo respecto del numeral 5 del artículo 314 del estatuto adjetivo y su relación con los requisitos tanto objetivos como subjetivos de la prisión domiciliaria para el padre o madre cabeza de familia del artículo 1 de la Ley 750 de 2002, pues frente a esta última situación

¹² CSJ AP, 26 feb. 2020, rad. 54835.

¹³ CSJ AP, 11 mar. 2020, rad. 52.924. Ver también CSJ AP, 28 ago. 2024, rad. 65900.

¹⁴ CSJ AP, 28 ago. 2024, rad. 65900.

también rigen principios distintos y el tratamiento más benévolo sólo puede justificarse en la medida en que no se haya desvirtuado la presunción de inocencia.”¹⁵

De tal manera que la Corporación auscultará si hay lugar o no a asentir a la procesada la prisión domiciliaria cualificada atendiendo los parámetros legales y jurisprudenciales de la Ley 750 de 2002, como sea que esa es la normatividad y figura que opera para esta fase del proceso, y no el artículo 314.5 de la Ley 906 de 2004, que se aplica para la detención preventiva.

Con las anteriores bases, en el caso concreto está probado que la señora ... reside en la vereda San Francisco, corregimiento de Jongovito de esta ciudad con su compañero permanente... Dicho ciudadano sufrió en el 2024 la amputación de su pierna derecha con motivo de un accidente de tránsito en el que resultó atropellado por un camión. Por dicha condición, el consorte de la acusada no puede laborar y depende de terceros para su manutención y cuidado.

Aunque la defensa ha alegado que la encausada es madre cabeza de familia, en tanto es la única que se ocupa de aquellas labores respecto del señor..., como con acierto lo concluyó la primera instancia, no está satisfecho el requisito relativo a la deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del hogar. En las entrevistas rendidas por la propia acusada se consignó que ella tiene un hijo con otra persona y dos hijos con el señor ... todos mayores de edad. De ese modo, se constata la presencia de familia extensa que por el deber de solidaridad debe concurrir en el cuidado del consorte de la procesada.

Se ha argüido que los hijos del señor ... no viven con la pareja, que tienen sus propios núcleos familiares y que carecen de condiciones económicas para

¹⁵ CSJ SP, 22 jun. 2011, rad. 35943.

ayudar a sus padres, no obstante, tales alegaciones no son suficientes para exhibir la condición de cabeza de familia de la justiciada. Ninguna de esas situaciones alegadas supone una imposibilidad física, mental o moral de los hijos para recurrir al auxilio del padre, además que más allá de las aseveraciones de la acusada no se ha acreditado que ciertamente los hijos de la pareja se hayan desatendido de los deberes de protección y asistencia a sus progenitores. De hecho, según los medios de convicción aportados por la fiscalía con el preacuerdo se dio cuenta de la presencia de uno de los hijos de la procesada cuando se practicó la diligencia de registro y allanamiento.

Por lo precedente, se coincide con la decisión de primera instancia, que será confirmada también en este punto.

7. Decisión

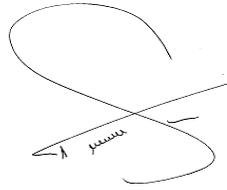
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Primero. Confirmar la providencia apelada.

Segundo. Esta decisión se notifica en estrados y se hace saber que contra ella procede el recurso extraordinario de casación, el cual deberá ser presentado dentro de los 5 días siguientes a su notificación, conforme lo dispone el artículo 98 de la Ley 1395 de 2010.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

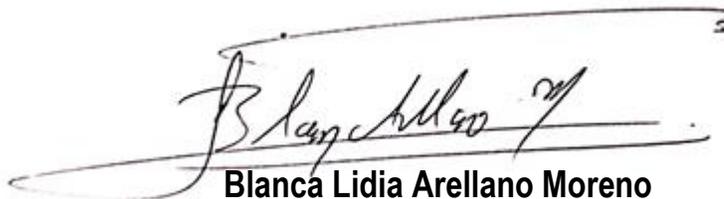


Franco Solarte Portilla
Magistrado



Héctor Roveiro Agredo León
Magistrado

3632



Blanca Lidia Arellano Moreno
Magistrada

10613