

SUSTITUCIÓN PRISIÓN DOMICILIARIA - PADRE CABEZA DE FAMILIA: Requisitos – No hay lugar a conceder al procesado tal beneficio, al no acreditar la condición de ser padre cabeza de familia, en tanto no se encuentra a cargo del cuidado integral del menor, no existe una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar para propender por su protección, en vista de que se encuentra bajo el directo cuidado, afecto y orientación de su madre, o de manera subsidiaria de su abuela o tía maternas. /

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente	: Dr. José Aníbal Mejía Camacho
Proceso N°	: 520016000485201405033-1
No. Interno	: 11092
Conducta Punible	: Tráfico, Fabricación y Porte de Armas de Fuego
Acusada	: LMVA
Decisión	: Sentencia confirma la recurrida
Aprobado	: Acta N° 7 de 16 de mayo de 2018

San Juan de Pasto, dieciocho de mayo de dos mil dieciocho
(Hora: 11:00 am)

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el defensor de LMVA, contra la sentencia de 21 de julio de 2016, dictada por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de esta ciudad, que lo condenó como autor del delito de *fabricación, trafico, porte o tenencia de armas de fuego*, imponiéndole como pena principal 94 meses y 15 días de prisión, y las accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, y la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de fuego, por un término igual al de la pena principal.

El motivo de inconformidad del apelante gira en torno a la negativa a conceder a su representado el sustituto penal de la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia.

1. Supuestos fácticos

El 5 de julio de 2014 aproximadamente a las 18:30 horas, el personal de la Policía Nacional que se encontraba realizando labores de patrullaje en el Municipio de Tangua Nariño, fue alertado por un ciudadano, sobre una persona que se encontraba portando un arma de fuego en aparente estado de embriaguez.

Al trasladarse los policiales al barrio El Carmen, observaron a una persona de sexo masculino que llevaba en su mano derecha un arma de fuego, con la cual apuntó hacia arriba y realizó un disparo, mismo que al notar la presencia de los uniformados emprendió la huida; sin embargo, perseguido fue capturado quien se identifica como LMVA.

2. Actuación procesal y sentencia recurrida

2.1 Ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Ancuya con función de control de garantías y turno de disponibilidad en esta ciudad, el 6 de julio de 2014, por solicitud de la Fiscalía Octava Seccional URI, se adelantaron las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento por el delito de *fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones* en la modalidad de porte y a título de autor.

Como el encartado aceptó los cargos, el representante del ente acusador desistió de la solicitud de imposición de medida de aseguramiento.

Posterior a tales actos, el 27 de enero de 2016 se llevó a cabo la audiencia de control de legalidad de allanamiento a cargos, e individualización de la pena.

El 21 de julio de 2016 se procedió a celebrar Audiencia de Lectura de Sentencia, donde el funcionario de primera instancia después de referir los aspectos de carácter formal y precisar el tipo penal que se le atribuye al acusado, entró al análisis de la calificación jurídica de los hechos y dosificación de la pena.

Indicó que atendiendo a que en favor del procesado no confluyen agravantes, y concurren circunstancias de menor punibilidad como la ausencia de antecedentes penales, la pena se debía ubicar en el cuarto mínimo inciso 2º, del artículo 61 del Estatuto Penal, que oscila entre 108 y 117 meses de prisión, y dentro de este rango escoger el tope mínimo.

Así las cosas y en consideración a que el prenombrado se allanó a cargos en la oportunidad procesal, en consonancia con lo preceptuado por el parágrafo del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, que modificó el artículo 301 del Estatuto Procesal Penal, indicó que la rebaja a la que tiene derecho corresponde a 1/8 parte de la sanción, lo que equivale a 13 meses y 15 días de prisión, con lo que determina que la pena a imponer es de 94 meses y 15 días de prisión, a la par de las accesorias de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas, y la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de fuego por el mismo tiempo.

Menciona que de manera subsidiaria se solicitó la concesión del mecanismo sustitutivo de prisión domiciliaria, aduciendo la condición de padre cabeza de familia, al respecto afirma que corresponde a la defensa acreditar tal condición en los términos establecidos en el artículo 1° de la Ley 750 de 2002.

Tras realizar un recuento de lo establecido por la jurisprudencia sobre la condición de padre cabeza de familia, precisó su negativa para la concesión del sustituto de prisión domiciliaria, al argüir que el sentenciado no logró acreditar con suficiencia dicha condición, por cuanto no es la única persona capaz de velar por la protección y cuidado de su hijo, pues conforme al informe de visita sociofamiliar realizado por la trabajadora social del ICBF al núcleo familiar del procesado, no solo pone de manifiesto la existencia de la madre quien es la persona legalmente obligada a ejercer ese rol, sino también existe una familia extensa que se han constituido en apoyo ante las ausencias del padre.

Por lo anterior, afirma que no se prueba la situación de indefensión y abandono a la que quedaría expuesto el menor a causa de la privación de la libertad de su padre, por lo que considera irrelevante constatar la concurrencia de los demás requisitos para acceder al sustituto pretendido.

3. Argumentos del recurrente

Contra esta determinación el defensor del condenado interpuso el recurso de apelación buscando como única pretensión se le conceda la prisión domiciliaria. Los argumentos que sustentan su disenso, se resumen como sigue:

Primeramente arguye que al proceso se anexaron los siguientes documentos: registro civil de nacimiento del menor a fin de demostrar la paternidad del menor J.F.V.C.; acta suscrita ante comisaria de familia de Tangua, en la cual se establece que el responsable del cuidado del menor es su padre LMV; tres declaraciones extraproceso en las cuales se verifica la situación y que para la manutención del menor cuenta con un molino en su lugar de habitación.

Refiere que de la visita efectuada por una funcionaria del ICBF, se corrobora que el menor vive en la misma residencia de su padre y es éste quien vela por su cuidado y protección. De lo anterior colige, que LM es padre cabeza de familia y que en caso de que se encuentre en prisión intramural, el menor quedaría desamparado.

Sostiene que no es posible que la madre asuma el cuidado y protección del menor, pues lo dejó al cuidado de su padre desde que era un bebé, lo que indica que nunca ha asumido la crianza de su hijo y que no lo lleva a su casa de habitación ubicada en el corregimiento el pedregal; en tanto, existen graves diferencias con el compañero permanente de la madre, situación que fue el detonante para que se llevara a cabo conciliación en la comisaria de familia del Municipio a causa de las agresiones recibidas por el menor.

Así mismo, sostiene que el menor quede al cuidado de su abuela resulta inviable en la medida que es una señora de 69 años de edad, circunstancia que imposibilita que pueda asumir una responsabilidad como la crianza, cuidado y educación de un adolescente de 15 años de edad, además de su situación económica, toda vez que carece de recursos económicos incluso

para su propio sustento, por lo que no le es posible asumir el rol de una madre cabeza de hogar y que dicha circunstancia ocurre igualmente respecto de tías a las que hace alusión el juez de primera instancia.

Menciona que no se tuvo en cuenta circunstancias que favorecen al procesado, como es que se encuentra enfrentando el proceso judicial, situación que deja ver que cumplirá con la sanción impuesta, que el arma nunca fue utilizada con fines ilícitos, pero que no se constituye una amenaza para el menor, y su poderdante tiene arraigo, tal y como se demuestra con los elementos materiales probatorios, dado que toda su vida ha vivido y trabajado en la población de Tangua.

Finalmente, realiza un recuento jurisprudencial sobre los requisitos con que debe cumplir el procesado como padre de familia, para indicar que éstos se encuentran satisfechos en el caso.

Con lo anterior solicita que se revoque la decisión de primera instancia y se conceda en favor de LMVA el “sustituto de prisión domiciliaria”.

II. REFLEXIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Corporación es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia del 19 de diciembre de 2017 emitida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Pasto, conforme a lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

2. El problema a resolver

Reclama el abogado defensor, en favor de su representado, el mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria aduciendo la condición de padre cabeza de familia, conforme al numeral 5º del artículo 314 de la Ley 906 de 2004.

Por lo anterior, debe la Sala entrar a examinar si se ha demostrado la calidad de padre cabeza de familia del condenado y si por tal razón, tiene derecho a la concesión del sustituto de prisión domiciliaria.

3. Asunto previo

Lo primero que se debe precisar, es que con ocasión al principio de competencia funcional en el recurso de apelación, la Sala sólo se debe pronunciar con ocasión a los temas objeto de impugnación y a los inescindiblemente vinculados a éstos. Sobre el tema la Corte Suprema de Justicia en SP 45223 del 20 de abril de 2016 dijo:

“...como lo tiene sentado la Sala, si bien la Ley 906 de 2004 no establece de manera expresa límite respecto a la competencia del superior para desatar el recurso de apelación, como sí lo hacía la Ley 600 de 2000 en el artículo 204, de todos modos por virtud del artículo 31 de la Constitución Política, en cuanto consigna los principios de

dobles instancias y la prohibición de la reforma en peor, la decisión de segunda instancia sólo podrá extenderse a los asuntos que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de la impugnación y que éstos no constituyan un desmejoramiento de la parte que apeló.

Lo anterior tiene razón jurídica procesal, en tanto que el nuevo sistema contempla que el impulso del juicio está supeditado a las tesis y a las argumentaciones que los intervinientes aduzcan frente a sus pretensiones, las cuales tienen vocación o no de éxito dependiendo del resultado de la actividad probatoria. Dentro de tal premisa entonces, el sentenciador de segundo grado debe circunscribir su competencia a los asuntos que el recurrente ponga a su consideración, sin que le sea permitido inmiscuirse en otros temas que no son objeto de discusión o que han sido materia de conformidad, salvo que advierta violación de derechos y garantías fundamentales". (Subrayas propias de la Sala)

Conforme lo anterior, la Sala únicamente se pronunciará sobre la viabilidad de conceder el sustituto de prisión domiciliaria en favor de LMVA, por cuanto es el único tema objeto de apelación por parte del apoderado judicial del condenado.

4. El subrogado de la prisión domiciliaria para padres cabeza de familia.

Para analizar si en el caso concurren las circunstancias legales y jurisprudenciales para conceder en favor de LMVA, la prisión domiciliaria bajo los supuestos alegados por el abogado defensor, debe partirse de la alusión a la condición de madre cabeza de familia, misma que ha sido definida por la Ley 1232 de 2008, modificatoria del artículo 2º de la Ley 82 de 1993, que se hace aplicable por vía analógica y por vía jurisprudencial a los hombres.

Así pues, la mentada norma en su artículo 1º señala que“(...) es *Mujer Cabeza de Familia, quien siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad*

física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.”

El tema de la condición de madre cabeza de familia no ha sido ajeno a la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, misma que en SU-388 de 2005 sentó unos criterios para determinar si cada caso se encaja o no en dicha circunstancia; así en el desarrollo de la providencia dijo:

“... no toda mujer puede ser considerada como madre cabeza de familia por el sólo hecho de que esté a su cargo la dirección del hogar. 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 sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla 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 ó, 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”.

Por su parte la Ley 750 de 2002 estableció la posibilidad de cumplir la pena privativa de la libertad en el lugar de su residencia a la mujer cabeza de familia, siempre y cuando se acredite el cumplimiento de una serie de requisitos fijados en su artículo primero y referentes al desempeño personal, laboral, familiar o social de la procesada.

Esa prerrogativa, mediante sentencia C-184 de 2003 se extendió a los padres, en el entendido de que si se cumplen 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 y en aquellos casos en

que los derechos de los menores podrían verse efectiva y realmente afectados.

En ese orden, indica que le corresponde a los jueces verificar los requisitos subjetivos y objetivos establecidos por la norma para la concesión de la medida sustitutiva, precisando que en relación con la condición de cabeza de familia, *“el hombre que reclame este derecho debe demostrar que, en verdad, ha sido una persona que les ha brindado el cuidado y el amor que los niños requieran para un adecuado desarrollo y crecimiento.”*

De la misma manera la providencia en cita indicó que el sustituto de la prisión domiciliaria resulta aplicable al hombre que acredite la condición de cabeza de familia; sin embargo, aclaró que la misma no se satisface con el simple hecho de que el interesado sea quien se encargue de proveer el dinero necesario para el sustento del hogar sino que se extiende a acreditar que se encuentra a cargo del cuidado integral de los menores. Sobre el tema dijo;

“Más que el suministro de los recursos económicos para el sustento del hogar” lo que interesa es “...el cuidado integral de los niños (protección, afecto, educación, orientación, etc.), por lo cual un procesado podría acceder a la detención domiciliaria cuando se demuestre que él solo, sin el apoyo de una pareja, estaba al cuidado de sus hijos o dependientes antes de ser detenido, de suerte que la privación de la libertad trajo como secuela el abandono, la exposición o el riesgo inminente para aquellos”¹.

Más adelante, la misma Corporación, indicó que a la hora de evaluar la posibilidad de conceder la prisión domiciliaria por la condición de padre cabeza de familia, le corresponde al juez valorar *(i) que la medida sea manifiestamente necesaria, en razón al estado de abandono y desprotección a que quedarían expuestos los hijos del*

1 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, sentencia 16 de julio de 2003. Radicado 1789. MP. Edgar Lombana Trujillo.

condenado, (ii) que ésta sea adecuada para proteger el interés del menor y (iii) que no comprometa otros intereses y derechos constitucionalmente relevantes.”².

Con lo expresado con antelación y conforme como lo ha mencionado la Sala de Decisión Penal en otras oportunidades³, para acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia la persona deberá demostrar que bajo su tutela y cuidado integral se encuentran sus hijos menores de edad o personas incapacitadas física o psíquicamente, esto debido a la ausencia permanente o a la incapacidad de su cónyuge o compañero permanente para hacerse cargo de los mismos, siendo para estas personas no solamente su sustento económico, sino también su apoyo emocional, de manera que ante su ausencia se verían expuestos a situaciones de riesgo o desamparo.

En el presente caso, encuentra esta Colegiatura que LMVA fue condenado como autor por la comisión del delito de fabricación, tráfico o porte de armas de fuego, negándosele el mecanismo sustitutivo de pena privativa de la libertad por la prisión domiciliaria, decisión contra la cual el acusado, por intermedio de su representante judicial interpuso recurso de apelación, alegando que contrario a lo consignado en el fallo por el juzgador de primera instancia, él reúne las condiciones fácticas y legales para ser considerado padre cabeza de familia

Ahora, de lo obrante en el plenario se tiene que si bien el petente acreditó ser padre de un menor, que responde al nombre de J.F.V.C., de 16 años de edad, nacido de la relación con la señora

² Corte Constitucional. Sentencia T – 693 de 2010. M.P: Dra. Maria Victoria Calle. Referencia: expediente T-2636351. Providencia de 3 de septiembre de 2010.

³ Radicado No. 520016000485201604661-01 N.I. 18616 de 15 de febrero de 2018, Magistrado Ponente Dr. Silvio Castrillón Paz.

YCC⁴, su condición, con base en los precedentes jurisprudenciales no permite afirmar que el sentenciado ostenta la condición de padre cabeza de familia.

Para arribar a la anterior conclusión, se parte del reporte de valoración sociofamiliar elaborada por la trabajadora social del ICBF Sandra Milena Acosta⁵, dentro del cual en el aparte de *aspecto sociales – otros parientes – relación familia extensa* expone: “en cuanto a la red vincular del adolescente, establece que cuenta con el apoyo de la tía materna MC y su abuela materna EM quienes son amas de casa en el Municipio de Tangua. Respecto de su abuela, el menor manifiesta que queda a su cuidado hasta tanto regresa su padre de la Vereda Tapiaquero”.

Así mismo, en el aparte de *concepto valoración sociofamiliar*, indica: “(...) cuenta con familia extensa por línea materna quienes se convierte (sic) en apoyo cuando el padre se ausenta de manera eventual para laborar en la finca, así mismo la madre apoya con cuota alimentaria con quien mantiene una relación cercana y estrecha con vínculo afectivo fuerte a pesar que tiene su hogar conformado con su nueva pareja y reside fuera de(sic) municipio de Tangua”.

Desde este reporte, se advierte también que en la entrevista realizada a la madre del menor informo, que si bien actualmente el padre es quien asume el cuidado y protección del menor, mantiene con su hijo una relación cercana, con vínculo afectivo fuerte a pesar de residir en lugares diferentes y que lo visita frecuentemente en el Municipio de Tangua y para quien aporta una cuota alimentaria de \$60.000 mensuales.

⁴ Folio 74

⁵ Folios 78 a 80

En ese contexto, al contrastar esta información con los requisitos exigidos para la concesión de la prisión domiciliaria con fundamento en la condición de padre cabeza de familia, reitera la Sala que la situación particular de LMVA no se adecúa a las circunstancias exigidas por la ley y la jurisprudencia para ser considerado como tal.

En el punto, resulta traer a colación que según lo expuesto por la Corte constitucional en sentencia C-154 de 2007, la sola condición de padre cabeza de familia no da viabilidad para la concesión de la prisión domiciliaria, dado que debe entenderse circunscrita a las condiciones particulares de los menores involucrados y a la existencia de una verdadera situación de indefensión; sobre el tópico indicó;

“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.” (Subrayas fuera del original)

Así las cosas, preciso es advertir que no existe una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar para propender por la protección del menor J.F.V.C., en vista de que cuenta con la presencia, cuidado y del amor de su abuela materna, su madre y una tía materna, con quienes tal como se manifiesta en el informe tiene vínculos afectivos fuertes y de las cuales respecto de la primera recibe un cuidado supletorio cuando el padre se trasladaba a laborar fuera del hogar y de la segunda, visitas permanentes, además de una cuota para sostenimiento.

No puede dejarse de lado de que quienes tienen el deber legal de proveer alimentos, entendidos éstos no solo la manutención, sino también el cuidado, protección, orientación, educación y afecto, no sólo son los padres. Esta obligación es inherente a los ascendientes y en este caso se cuenta con la progenitora y su abuela.

Ahora, aunque el defensor alude que la madre del menor no es idónea para promulgar el cuidado del menor, dado que éste sufrió episodios de violencia por parte del compañero permanente de la progenitora, dicha argumentación no es suficiente para que sea relevada de su obligación, además de contar con la abuela materna, sin dejar de lado que según se lee del reporte de valoración sociofamiliar arriba citado, se sabe que entre el adolescente J.F.V.C. y su mamá existe un vínculo fuerte, siendo aquella la primera llamada a asumir material y afectivamente el cuidado del menor ante la circunstancia inminente de que el padre pierda la libertad por razón del delito cometido.

Al encontrar que el menor J.F.V.C, puede quedar bajo la directa protección, afecto, cuidado y orientación de su madre, o de manera subsidiaria de su abuela o tía maternas, el no conceder el subrogado de prisión domiciliaria solicitado no implica que el menor quede en estado de abandono como lo afirma la defensa.

En razón de lo anterior se confirmará la decisión de primera instancia en el apartado pertinente de la sentencia apelada.

III. LA DECISIÓN

Por lo expresado, 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:**

1°. **Confirmar** la decisión materia de apelación, que negó la concesión del sustituto de prisión domiciliaria por padre cabeza de familia, a LMVA, por las razones establecidas en la parte considerativa de la presente providencia.

2°. Esta decisión se notifica en estrados y se hace saber que en su contra procede el recurso extraordinario de casación.

Notifíquese y Cúmplase,

JOSÉ ANIBAL MEJÍA CAMACHO
Magistrado Ponente

FRANCO SOLARTE PORTILLA
Magistrado

BLANCA ARELLANO MORENO
Magistrada

JUAN CARLOS ÁLVAREZ LÓPEZ
Secretario