



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR – SUBROGADO DE PRISIÓN DOMICILIARIA EN CONDICIÓN DE PADRE CABEZA DE FAMILIA: Cuando la petición de prisión domiciliaria se invoque con fundamento en el artículo 38G penal, no es dable negarla con fundamento en las exclusiones consignadas en el artículo 68A. /No opera para el delito de violencia intrafamiliar.

Sin embargo, esta regla tiene su excepción: la consignada en el parágrafo 1 del mismo artículo y según la cual “Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará a la libertad condicional contemplada en el artículo 64 de este Código, ni tampoco para lo dispuesto en el artículo 38G del presente Código.” Es decir, cuando la petición de prisión domiciliaria se invoque con fundamento en el artículo 38G penal, no es dable negarla con fundamento en las exclusiones consignadas en el artículo 68A del mismo estatuto, sino que deberá ceñirse a las condiciones y prohibiciones que para el mismo beneficio impone la propia norma. Aplicando las premisas anteriores al sub examine, el ruego del censor debe despacharse desfavorablemente, pues: 1) la solicitud no se encuentra enmarcada ni dentro de los requisitos exigidos por los artículos 64 y 38G y 2) el delito por el que fue condenado, violencia intrafamiliar, que se configuró por las agresiones propinadas a su cónyuge, se encuentra expresamente enlistado como uno de aquellos respecto de los cuales deviene improcedente la concesión de beneficios como el que aquí se invoca, sin que la carencia de antecedentes penales, o la condición de ser una persona de campo, modifiquen dicha prohibición legal.

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR – SUBROGADO DE PRISIÓN DOMICILIARIA EN CONDICIÓN DE PADRE CABEZA DE FAMILIA: El legislador lo catalogó como un delito de la mayor gravedad por atentar contra el bien jurídico de la familia, por lo cual la prisión domiciliaria deviene improcedente.

Debe recordarse al censor que aun cuando considera que con esta forma de proceder se están afectando directamente los hijos del procesado y el derecho que aquellos a contar con una familia, olvida que cuando el legislador sancionó punitivamente este tipo de comportamientos y además lo incluyó dentro del catálogo de delitos frente a los que no resulta posible la concesión de beneficios, es porque consideró que este comportamiento agresivo significa poner en serio peligro la vida e integridad de las personas que integran su núcleo familiar, lo que torna necesaria la reclusión intramural para que la pena cumpla sus fines de prevención general y especial, esto es, (I) como mensaje a la comunidad, en el sentido que este tipo de maltratos contra la mujer con la que se comparte la vida diaria, son merecedores de un duro reproche punitivo, (II) brindar protección a las víctimas, para que no queden a merced de que sus victimarios y puedan repetir su conducta. Y finalmente (III) para lograr que el procesado se resocialice y hacia futuro no vuelva a incurrir en un comportamiento tan nocivo tanto para la víctima como para el conglomerado social y su núcleo familiar.}

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR – PRESUPUESTOS PARA CONSIDERAR LA CALIDAD DE “CABEZA DE FAMILIA”.

“(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 o madre; (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” Por su parte, la Ley 1232 de 2008 precisó que es “cabeza de familia” quien siendo soltero (a) o casado (a) “(...) ejerce la jefatura del 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”.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

“PATRIMONIO HISTÓRICO Y CULTURAL DE LA NACIÓN”
Ley 1128 de 2007

SALA ÚNICA

CLASE DE PROCESO:	PENAL- VIOLENCIA INTRAFAMILIAR.
RADICACIÓN:	15822-40-89-001-2018-00060-01.
PROCESADO:	HUMBERTO ROJAS VARGAS.
JUZGADO DE ORIGEN:	JUZGADO PROMISCOU MUNICIPAL DE TOTA.
ASUNTO:	APELACIÓN SENTENCIA CONDENATORIA.
DECISIÓN:	CONFIRMA.
APROBADA	Acta N°047
MAGISTRADO PONENTE:	Dra. GLORIA INÉS LINARES VILLALBA. Sala 3ª de Decisión.

Santa Rosa de Viterbo, ocho (08) de julio de dos mil veinte (2020).

I. MOTIVO DE LA DECISIÓN

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la Defensa contra la sentencia del pasado 31 de julio de 2019, mediante la cual el Juzgado Promiscuo Municipal de Tota, con Función de Conocimiento, condenó a HUMBERTO ROJAS VARGAS por el delito de violencia intrafamiliar.

II. HECHOS

Se extraen como base del escrito de acusación, en síntesis, los siguientes:

El 6 de julio de 2017 HUMBERTO ROJAS VARGAS invitó a su esposa LEIDY ESPERANZA VARGAS a la “FIESTA DEL CAMPESINO” en el municipio de Tota. Ella no quiso porque debía desplazarse a caballo con su hijo de 6 meses al lugar del evento y estaba lloviendo.

Mientras que HUMBERTO ROJAS VARGAS asistía a dicha celebración, LEIDY ESPERANZA VARGAS visitaba a la hermana de su esposo. Siendo aproximadamente las 2:00 pm del mismo día, intempestivamente llegó el encartado y golpeó a su compañera con patadas en las piernas y rodillas, por lo cual su hermana intervino pegándole con un palo al agresor. Este huyó.

El 12 del mismo mes y año, la víctima denunció formalmente a ROJAS VARGAS por lo acaecido. Agregó que, durante el tiempo de casada (ocho años), ha sido, constantemente, objeto de maltrato físico y psicológico por el encausado.

Fue remitida a la E.S.E Centro de Salud de Tota, en la que le dictaminaron incapacidad definitiva de 12 días sin secuelas medico legales.

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

3.1. El 1 de junio de 2018, ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Aquitania con Función de Control de Garantías, se llevó a cabo la audiencia de formulación de imputación contra el señor HUMBERTO ROJAS VARGAS, como autor de la conducta dolosa de violencia intrafamiliar. De igual forma procedió a declararlo en contumacia¹.

3.2. El conocimiento del asunto le correspondió al Juzgado Promiscuo Municipal de Tota, ante el cual surtió audiencia de formulación de acusación el 7 de noviembre de 2018².

3.3. El 23 de enero de enero de 2019 se llevó a cabo la audiencia preparatoria³, diligencia en la que se realizó el descubrimiento probatorio y se decretaron pruebas atendiendo a las solicitudes de los sujetos procesales.

3.4. La audiencia de juicio oral se desarrolló los días 8 de mayo de 2019⁴ (oportunidad en la que no acudieron los testigos); y, 10 de julio siguiente⁵.

3.5. El 31 de julio de 2019, el juzgador emitió sentencia de carácter condenatorio en contra HUMBERTO ROJAS VARGAS.

IV. LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

El *A quo* declaró penalmente responsable a HUMBERTO ROJAS VARGAS por el delito de violencia intrafamiliar, imponiéndole, como pena, setenta y dos (72) meses

¹ Folios 6-7 cuaderno principal F.

² Folios 33-34 *ib.*

³ Folios 36-38 *ib.*

⁴ Folios 52-53 cuaderno principal.

⁵ Folios 62-64 cuaderno principal.

de prisión en establecimiento carcelario y la inhabilitación de derecho y funciones por un término igual a la pena privativa de libertad, negando la suspensión condicional en la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

Consideró que los elementos materiales de prueba allegados a la actuación acreditaban la concurrencia del delito y la responsabilidad de ROJAS VARGAS en la ejecución del mismo, conducta de la que fue víctima su esposa LEIDY ESPERANZA VARGAS, lo cual constituye un grave atentado contra la integridad y armonía del hogar⁶.

V. RECURSO DE APELACIÓN

Lo formuló la defensa, concretamente, con la finalidad de que se conceda la prisión domiciliaria a su prohijado. Su ruego lo sustentó aduciendo que ROJAS VARGAS carece de antecedentes penales, no resulta ser un peligro para la sociedad, es una persona de campo, su progenitora e hijos dependen económicamente de él, a lo cual se suma que se reconcilió con la víctima.

Agregó que la cárcel no lo resocializaría y se revictimizaría a los hijos, pues se afectarían psicológicamente al tener que visitar a su padre en un establecimiento penitenciario, sumado a lo cual quedarían desprotegidos ante su ausencia⁷.

VI. TRASLADO A LOS NO RECURRENTES

La Fiscalía hizo un llamado de atención al Bienestar Familiar, Alcaldías y Comisarías de Familia para que en lo sucesivo apoyaran y educaran en forma preventiva estas situaciones, pues, lamentablemente, muchas personas con este tipo de comportamientos sociales, que son llevados por sentimientos de celos, incomprensión, entre otros, desconocen su ilicitud y, tristemente para ellos la Ley es tajante. Concluyó que a pesar de no considerar tan grave el comportamiento, este ilícito no concede ningún subrogado penal.

VII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

7.1. Competencia:

⁶ Folios 96-110 cuaderno principal.

⁷ Audio 31 de julio de 2019, lectura de fallo, mint: 51:28.

De acuerdo con el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, este Tribunal es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la decisión proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Tota, mediante el cual declaró penalmente responsable a HUMBERTO ROJAS VARGAS por el punible de violencia intrafamiliar.

7.2. Con el fin de resolver la inconformidad planteada, esta Sala procederá a analizar si concurren los presupuestos para conceder el subrogado de prisión domiciliaria al procesado HUMBERTO ROJAS VARGAS, o este mismo beneficio en su condición de padre cabeza de familia.

En lo que concierne al artículo 38 del Código Penal, la prisión domiciliaria es un mecanismo sustitutivo de la prisión, que implica la restricción efectiva y real del derecho de libertad del condenado en su lugar de residencia o morada⁸, o en el que la autoridad judicial disponga mediante sentencia, en caso de que encuentre cumplidos los requisitos legales pertinentes⁹.

Así, pues para su concesión, el juzgador de primer grado debe remitirse a lo contenido en el artículo 38 B *ibídem* adicionado por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014, a cuyo tenor:

“REQUISITOS PARA CONCEDER LA PRISIÓN DOMICILIARIA. Son requisitos para conceder la prisión domiciliaria:

1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos.
 2. Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000.
 3. Que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado.
- En todo caso corresponde al juez de conocimiento, que imponga la medida, establecer con todos los elementos de prueba allegados a la actuación la existencia o inexistencia del arraigo.
4. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones(...).”

Consecuente con lo anterior, el funcionario judicial, al momento de analizar la procedencia del sustituto, debe remitirse al artículo 68A, inciso 2, del Código Penal, a fin de verificar si la conducta sancionada se encuentra allí enlistada y, en caso afirmativo, no podrá conceder ésta¹⁰.

⁸ Excepto en los casos en el sentenciado pertenezca al grupo familiar de la víctima. Artículo 38 D del Código Penal.

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia 45900 de 2017.

¹⁰ Tales conductas son: “Tampoco quienes hayan sido condenados por delitos dolosos contra la Administración Pública; delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario; delitos contra la libertad, integridad y formación sexual; estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado; captación masiva y habitual de dineros; utilización indebida de información privilegiada; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; soborno transnacional; **violencia intrafamiliar**; hurto calificado; extorsión, lesiones personales con deformidad causadas con elemento corrosivo; violación ilícita de comunicaciones; violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial; trata de personas; apología al genocidio; lesiones personales por pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro; desplazamiento forzado; tráfico de migrantes; testaferrato; enriquecimiento ilícito de particulares; apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan; receptación; instigación a delinquir; empleo o

Sin embargo, esta regla tiene su excepción: la consignada en el párrafo 1 del mismo artículo y según la cual *“Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará a la libertad condicional contemplada en el artículo 64 de este Código, ni tampoco para lo dispuesto en el artículo 38G del presente Código.”* Es decir, cuando la petición de prisión domiciliaria se invoque con fundamento en el artículo 38G penal, no es dable negarla con fundamento en las exclusiones consignadas en el artículo 68A del mismo estatuto, sino que deberá ceñirse a las condiciones y prohibiciones que para el mismo beneficio impone la propia norma.

Aplicando las premisas anteriores al *sub examine*, el ruego del censor debe despacharse desfavorablemente, pues: 1) la solicitud no se encuentra enmarcada ni dentro de los requisitos exigidos por los artículos 64 y 38G y 2) el delito por el que fue condenado, violencia intrafamiliar, que se configuró por las agresiones propinadas a su cónyuge, se encuentra expresamente enlistado como uno de aquellos respecto de los cuales deviene improcedente la concesión de beneficios como el que aquí se invoca, sin que la carencia de antecedentes penales, o la condición de ser una persona de campo, modifiquen dicha prohibición legal.

Debe recordarse al censor que aun cuando considera que con esta forma de proceder se están afectando directamente los hijos del procesado y el derecho que aquellos a contar con una familia, olvida que cuando el legislador sancionó punitivamente este tipo de comportamientos y además lo incluyó dentro del catálogo de delitos frente a los que no resulta posible la concesión de beneficios, es porque consideró que este comportamiento agresivo significa poner en serio peligro la vida e integridad de las personas que integran su núcleo familiar, lo que torna necesaria la reclusión intramural para que la pena cumpla sus fines de prevención general y especial, esto es, (I) como mensaje a la comunidad, en el sentido que este tipo de maltratos contra la mujer con la que se comparte la vida diaria, son merecedores de un duro reproche punitivo, (II) brindar protección a las víctimas, para que no queden a merced de que sus victimarios y puedan repetir su conducta. Y finalmente (III) para lograr que el procesado se resocialice y hacia futuro no vuelva a incurrir en un comportamiento tan nocivo tanto para la víctima como para el conglomerado social y su núcleo familiar.

lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos; fabricación, importación, tráfico, posesión o uso de armas químicas, biológicas y nucleares; delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones; espionaje; rebelión; y desplazamiento forzado; usurpación de inmuebles, falsificación de moneda nacional o extranjera; exportación o importación ficticia; evasión fiscal; negativa de reintegro; contrabando agravado; contrabando de hidrocarburos y sus derivados; ayuda e instigación al empleo, producción y transferencia de minas antipersonal”.

De allí que la Sala se distancie de la consideración realizada igualmente por el ente acusador cuando cuestiona la gravedad del comportamiento, que además según la denuncia era repetitivo, y aunque es cierto que se requieren medidas preventivas, y educativas, no es menos cierto que la gravedad del comportamiento es la que hizo que el legislador la catalogara como un delito de la mayor gravedad por atentar contra el bien jurídico de la familia, por lo cual la prisión domiciliaria deviene improcedente.

Precisado lo anterior se tiene que además de la prisión domiciliaria, se invoca esta medida sustitutiva, alegando su condición de padre cabeza de familia.

Frente a tal pretensión debe precisarse que el legislador y la jurisprudencia constitucional reconocen que la dirección exclusiva del hogar, y la garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes también pueden estar radicadas en cabeza del padre. Por ende, las medidas enfocadas hacia la madre cabeza de familia que involucran la garantía de los sujetos de especial protección referidos, también cobijan a los hombres jefes de hogar cuando concurren los requisitos que permitan establecer la condición de padres cabeza de familia¹¹.

Este beneficio exige comprobar tal condición, determinar el grado de desprotección del niño, niña o adolescente; establecer la ausencia de otra figura paterna o familiar encargada de su protección, cuidado y sustento, y considerar la naturaleza del delito¹².

El otorgamiento de la prisión domiciliaria, como pena sustitutiva, fundada en la condición de padre o madre cabeza de familia exige el análisis conjunto de las normas que la rigen, la valoración del interés superior de los menores de edad y la consideración de las circunstancias personales del procesado, relacionadas, entre otras, con los antecedentes y la naturaleza del delito¹³.

Por ese sendero, en concordancia con el mandato del artículo 43, Superior, que establece el especial apoyo que debe proveerse a las madres y padres cabeza de familia y los desarrollos legales orientados a brindar dicha protección, señaló que para tener la calidad de “*cabeza de familia*” es necesario patentizar:

¹¹ Corte Constitucional, sentencia C-154 de 2007 entre otros fallos.

¹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 22.453 de 2008.

¹³ Corte Constitucional, sentencia T-534 de 2017.

“(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 o madre; (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 hogar¹⁴”

Por su parte, la Ley 1232 de 2008 precisó que es “*cabeza de familia*” quien siendo soltero (a) o casado (a) “*(...) ejerce la jefatura del 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*”.

Revisadas las pruebas aportadas al trámite procesal, no se avizora prueba siquiera sumaria que el encausado haya acreditado tal calidad, es decir, que asuma la protección y cuidado integral de su familia y que no haya otro miembro de la red familiar que les brinde los cuidados que necesiten y puedan contribuir a la satisfacción de los derechos de los niños, pues se invoca tal condición sin un mínimo de asidero probatorio que soporte su pretensión.

Para la Sala, la situación deseable es que todos los menores estén bajo el cuidado de sus progenitores; pero, ante la comisión de un delito por parte de aquellos, la pena sustitutiva sólo procede cuando efectivamente se demuestre que la reclusión del padre o la madre cabeza de familia en centro penitenciario provoque una situación de abandono evidente debidamente acreditado.

Así las cosas, la sola afirmación acerca de la eventual afectación que provoca en los hijos la separación de sus padres como consecuencia de la reclusión en establecimientos carcelarios y penitenciarios producto de la comisión de delitos, no

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia SU-388 de 2005.

puede constituirse en el fundamento para la concesión de la prisión domiciliaria, pues se insiste, es necesario que se acredite probatoriamente tal condición.

En tales condiciones el punto determinante para que se concediera la pena sustitutiva, sería la verificación del abandono de los hijos y la dependencia absoluta y exclusiva de su padre, situación que se descarta en este evento ante la absoluta orfandad probatoria evidenciada.

En consecuencia, emerge que la solicitud de prisión domiciliaria, tal y como lo determinó el *a quo*, deviene improcedente, ya que, como se vio, los requisitos que para el efecto prevé el orden jurídico no se encuentran satisfechos.

Cuestión Final.

Como quiera que las autoridades debemos tomar medidas adecuadas y eficaces para garantizarle una vida libre de violencia a las víctimas de violencia de género, se ordena a la Secretaría Departamental de la Mujer, así como al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y a la Defensoría del Pueblo, que en el marco de sus respectivas competencias, brinden a favor de LEIDY ESPERANZA VARGAS, el acompañamiento médico, psicológico, social y jurídico necesario para el restablecimiento de sus derechos.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, LA SALA TERCERA DE DECISIÓN DE LA SALA ÚNICA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SANTA ROSA DE VITERBO, BOYACÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

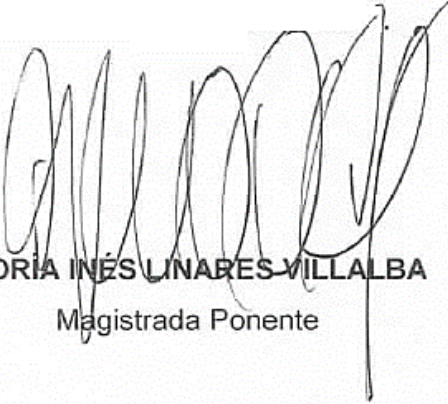
RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR en su integridad la sentencia del 31 de julio de 2019, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la Secretaría Departamental de la Mujer, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y a la Defensoría del Pueblo que dentro del marco de sus competencias, brinden el apoyo necesario a LEIDY ESPERANZA VARGAS, en los términos reseñados en la motivación de la decisión

TERCERO: Contra la presente decisión procede el recurso de casación, conforme al artículo 181 de la Ley 906 de 2004.

CUARTO: Se notifica en estrados y para su lectura se designa a la Magistrada Ponente.



GLORIA INÉS LINARES VILLALBA
Magistrada Ponente

EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA

Magistrado

(Ausencia Justificada)



LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO
Magistrada