



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

CONCIERTO PARA DELINQUIR - SUSTITUTO PENAL DE LA PRISIÓN DOMICILIARIA DE QUIEN ALEGA MUJER CABEZA DE FAMILIA: Requisitos jurisprudenciales para su concesión.

La Corte Suprema de Justicia sobre los requisitos para su concesión señaló: “De acuerdo con esta norma, cuatro serían los requisitos exigidos para acceder a esta prerrogativa, (i) que el peticionario tenga la condición de madre o padre cabeza de familia, (ii) que el delito por el cual se procede no esté excluido del beneficio, (iii) que el infractor no registre antecedentes penales, y (iv) que su desempeño personal, laboral, familiar o social permita determinar que no colocara en peligro la comunidad o las personas a su cargo, hijos menores de edad o hijos con incapacidad mental permanente.”. Aclarado lo anterior se tiene que para la concesión de este beneficio no existe una plena discrecionalidad por parte del juzgador, siendo necesario ponderar distintos aspectos como así lo precisó la Alta Corporación: “Es decir, el debido respeto al interés superior del menor no implica un reconocimiento mecánico, irrazonable o autoritario de sus derechos. Y dejar como único requisito de la detención o prisión domiciliaria para los padres o madres cabeza de familia la constatación de la simple condición de tal convierte en absoluto el derecho del menor a no estar separado de su familia, y además lo hace en detrimento de unos institutos (la detención preventiva en centro de reclusión y la ejecución de la pena en establecimiento carcelario) que no sólo atienden a principios y valores constitucionales (como la paz, la responsabilidad de los particulares y el acceso a la administración de justicia de todos los asociados), sino que deben ser determinados por las circunstancias personales del agente, motivo por el cual tienen que ser ponderadas en todos los casos.

SUSTITUTO PENAL DE LA PRISIÓN DOMICILIARIA DE QUIEN ALEGA MUJER CABEZA DE FAMILIA – VALORACIÓN PROBATORIA DE LA SITUACIÓN PARTICULAR: Puede preverse que de su desempeño personal, laboral, familiar y social no pondrá en peligro a la comunidad o a los menores que se encuentran a su cargo.

De la situación expuesta surge también la deficiencia sustancial de ayuda de otros miembros de la familia, pues dentro de las pruebas, no se hace referencia a la existencia de familia extensa más que una hermana, ANA LILIANA ORTÍZ MARTÍNEZ, a quien se comunicó la aprehensión de MÓNICA LUCERO, (según acta de derechos del capturado visible a folio 176 de la carpeta No. 3 de la Fiscalía), persona que al parecer no se ocupó de la menor A.S.T.O. en el año 2019 debiéndola ubicar en un hogar sustituto. Así las cosas, sin que resulte válido afirmar que derivado de la conducta delictiva en que incurrió MÓNICA LUCERO ORTÍZ, en la actualidad existe el peligro de reincidencia, o que desde su residencia pueda desplegarse la actividad delictiva conocida en este asunto, y, menos que derivada de dicho hecho o de elementos de conocimiento allegados se genere probabilidad de afectación de intereses superiores de los menores, el juicio de ponderación realizado por el A quo es desacertado y la prevalencia de los intereses superiores de los menores en este caso superan los fines estatales en la ejecución de la pena.

SUSTITUTO PENAL DE LA PRISIÓN DOMICILIARIA DE QUIEN ALEGA MUJER CABEZA DE FAMILIA – PONDERACIÓN ENTRE EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE Y LA GRAVEDAD DE LA CONDUCTA: El sacrificio de ser apartados de su madre, no justifica la satisfacción de los intereses de orden justo que se contraponen.

Es indiscutible que para determinar la procedencia del sustituto de prisión domiciliaria por madre cabeza de familia, es necesario realizar una ponderación entre el interés superior del menor y la gravedad de la conducta que lesione el bien jurídico por el que se procede; en este caso la seguridad pública se vio seriamente afectada de acuerdo al contexto de la organización criminal y las actividades propias del narcotráfico, en las que no se consideraron las consecuencias nocivas inmediatas para cualquier posible víctima y de la comunidad en general. No obstante lo anterior, vemos que al reproche realizado a través de la intervención del derecho penal, que pudo traer como resultado una reconsideración sobre la forma de proceder y de conseguir recursos de manera lícita, (este el propósito o finalidad de la imposición de la pena a través de la prevención especial), no debe sumarse la eventualidad de separar a los menores de su madre, pues ello traería como consecuencia negativa el ubicarlos en un grave estado de indefensión y vulnerabilidad, sin sustento probatorio. Ciertamente de esta manera los derechos fundamentales prevalentes de los menores se verían limitados y para el caso, el sacrificio de ser apartados de su madre, no justifica la satisfacción de los intereses de orden justo que se contraponen.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

SUSTITUTO PENAL DE LA PRISIÓN DOMICILIARIA DE QUIEN ALEGA MUJER CABEZA DE FAMILIA – ANÁLISIS PROBATORIO: Debe probarse la deficiencia de ayuda sustancial de los demás miembros del núcleo familiar que ubicaría a la menor en estado de indefensión dado el rol de proveedora, protectora y cuidadora de la madre.

La Sala comparte el análisis realizado por el A quo con relación a esta procesada, pues si bien es cierto su condición de madre está demostrada, la deficiencia de ayuda sustancial de los demás miembros del núcleo familiar que ubicaría a la menor K.S.M.V. en estado de indefensión dado el rol de proveedora, protectora y cuidadora que tiene su madre, y que haría operar la figura de madre cabeza de familia a su favor no se demostró, sin que la extensa cita jurisprudencial que realiza la recurrente supla la deficiencia probatoria en torno a la demostración de esta condición en cabeza de LUZ ADRIANA VARON OROZCO.

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 LEY 906 de 2004
RADICACIÓN:	15693-34-04-001-2019-00040-01
PROCESADO:	JORGE LEONARDO RODRÍGUEZ Y OTROS
JUZGADO DE ORIGEN:	JUZGADO ÚNICO PENAL DEL CIRCUITIO ESPECIALIZADO DE SANTA ROSA DE VITERBO
DECISIÓN:	REVOCA Y CONFIRMA DECISIÓN
APROBADA	Acta No.100
MAGISTRADO PONENTE:	DRA.GLORIA INÉS LINARES VILLALBA Sala 3ª de Decisión

Santa Rosa de Viterbo, diecinueve (19) de agosto de dos mil veinte (2020)

I. - MOTIVO DE LA DECISIÓN

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la Defensa de las procesadas MÓNICA LUCERO ORTÍZ MARTÍNEZ y LUZ ADRIANA VARÓN, contra la sentencia condenatoria emitida el 26 de noviembre de 2019 por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Santa Rosa de Viterbo.

II. HECHOS

Fueron sintetizados en la sentencia así:

“La génesis data del 28 de agosto de 2018, cuando se inicia la investigación debido a una información aportada por fuente humana, quien afirmó que conoce algunos integrantes de una banda que se dedican a comercializar estupefacientes en la ciudad de Sogamoso y lugares aledaños, suministrando números telefónicos, que luego de interceptaciones telefónicas ordenadas por la Fiscalía y legalizado el control posterior por jueces de control de garantías se pudo identificar a JORGE LEONARDO RODRÍGUEZ GUERRERO alias MONO LEO, JULIAN YIMI TORRES HERRERA alias JIM, VÍCTOR MARIO

TORRES HERRERA alias VICTOR o PAISA, MONICA LUCERO ORTÍZ MARTÍNEZ alias MÓNICA, LUZ ADRIANA VARÓN OROZCO alias LA MONA y FRANKLYN RICARDO DUARTE DE LEÓN, conocido con el alias de RICHARD, quienes se concentraron para cometer delitos de tráfico de estupefacientes cumpliendo roles de expendedores de marihuana, bazuco o perico y para esas comercializaciones utilizaban lenguaje cifrado”.

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

3.1.- Los días 24, 25 y 26 de julio de 2019, ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Firavitoba con Función de Control de Garantías, se llevaron a cabo las audiencias preliminares de control de legalidad de orden de allanamientos, legalización de incautación de elementos, legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento en contra de los señores JORGE LEONARDO RODRÍGUEZ GUERRERO, JULIAN YIMI TORRES HERRERA, VÍCTOR MARIO TORRES HERRERA, MÓNICA LUCERO ORTÍZ MARTÍNEZ, LUZ ADRIANA VARÓN OROZCO y FRANKLYN RICARDO DUARTE DE LEÓN, a quienes la Fiscalía 23 URI de la ciudad de Sogamoso formuló cargos en calidad de coautores de la conducta de concierto para delinquir agravado previsto en el artículo 340 inciso segundo del Código Penal¹.

3.2.- El conocimiento correspondió al Juzgado Penal del Circuito Especializado de Santa Rosa de Viterbo, ante el cual el 22 de octubre de 2019 se radicó escrito de acusación. La audiencia de verificación del allanamiento e individualización de la punibilidad y emisión de sentencia, se llevó a cabo el 26 de noviembre de 2019, fecha en la que no observándose vicio alguno, se emitió sentido del fallo condenatorio dándose la lectura correspondiente.

IV. LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

Como consecuencia de la aceptación de cargos y aludiendo la existencia de certeza más allá de toda duda sobre la materialidad del delito y la responsabilidad de los acusados JORGE LEONARDO RODRÍGUEZ

¹ Folios 232 a 241 carpeta No 3 Fiscalía

GUERRERO, JULIAN YIMI TORRES HERRERA, VÍCTOR MARIO TORRES HERRERA, MÓNICA LUCERO ORTÍZ MARTÍNEZ, LUZ ADRIANA VARÓN OROZCO y FRANKLYN RICARDO DUARTE DE LEÓN se emitió sentencia condenatoria como coautores a título de dolo del delito de concierto para delinquir previsto en el artículo 340 inciso segundo del C.P.

Se les impuso la pena de prisión de cincuenta y dos (52) meses veinticuatro (24) días y pecuniaria de multa de mil cuatrocientos ochenta y cinco (1.485) salarios mínimos legales mensuales vigentes, *quantum* que resultó del reconocimiento del 45% de rebaja de pena por concepto de allanamiento a cargos, sin reconocimiento de suspensión condicional de la ejecución de la pena o el mecanismo sustitutivo de prisión domiciliaria prevista en el artículo 38B del Código Penal.

En lo que es objeto de disenso, a las señoras MÓNICA LUCERO ORTÍZ MARTÍNEZ y LUZ ADRIANA VARÓN OROZCO no se les concedió la prisión domiciliaria por la alegada condición de *madre cabeza de familia*.

Consideró el *A quo* que MÓNICA LUCERO ORTÍZ MARTÍNEZ demostró que tiene a su cargo dos menores de 2 y 3 años de edad, aportó registros civiles de nacimiento y documentos relacionados con la queja que rindiera ante el I.C.B.F. manifestando que en el tiempo en que su hija duró en el hogar sustituto donde la señora MARLEN CECILIA MANRIQUE, la niña era maltratada físicamente, igualmente allegó certificación en relación al lugar de residencia, el barrio en donde mencionaron que se trataba de una mujer honesta, sociable y correcta y certificaciones laborales sobre oficios realizados por MÓNICA LUCERO ORTÍZ MARTÍNEZ.

Frente a LUZ ADRIANA VARÓN OROZCO se allegó registro civil de nacimiento de K.S.M.V. nacida el 21 de diciembre de 2001, quien es hija del señor HARVEY MARTÍNEZ CANTOR, un acta mediante la cual, la señora DIANA CAROLINA MORENO FORERO se comprometió a ofrecerle trabajo en el empleo de modistería y pago de \$35.000 mil pesos diarios y asimismo que le arrendarían una habitación en la calle 73 No. 77 L Sur.

Se indica que la Ley 750 de 2002 establece los requisitos para conceder la prisión domiciliaria, norma que acude a la definición contenida en el artículo 2º. de la Ley 2da. de 1982. De su análisis surge que MÓNICA LUCERO ORTÍZ MARTÍNEZ tiene la calidad de madre y no está probado que pueda poner en peligro a la comunidad incurriendo de nuevo en conductas de tráfico de estupefacientes y menos que otro integrante de la familia diferente a su ex pareja que esta vinculado a este trámite, puede ocuparse de sus hijos.

La misma situación se indica frente a LUZ ADRIANA VARÓN OROZCO, quien demostró su calidad de madre, pero no los restantes elementos que exigen la calidad de madre cabeza de familia, lo cual para el Despacho es indicativo de que por el contacto con personas dedicadas con el micro tráfico, existe el riesgo de que puedan ser contactados nuevamente para que continúen desde su residencia dentro del negocio ilícito.

V. EL RECURSO.

La defensa muestra su inconformismo con la negativa a conceder la prisión domiciliaria a las señoras MÓNICA LUCERO ORTÍZ y LUZ ADRIANA VARÓN presentando argumentos como que al haber conocido a personas que trafican con estupefacientes, pueden seguir en el oficio como expendedoras y poner en peligro a sus hijos.

En su sentir, no puede basarse la decisión en una probabilidad, expectativa y menos en una suposición, debe tratarse de hechos concretos. Para el caso señala que son hechos demostrados que sus prohijadas tienen una actividad laboral, MÓNICA el lavado y planchado de ropa y LUZ ADRIANA que será contratada como modista en la ciudad de Bogotá lo cual fue certificado. Asimismo señala que se demostró que cada una de ellas tiene a su cargo menores de edad que no tienen el apoyo de los padres de estos por estar privados de la libertad, por esta situación, quedando a cargo de sus progenitoras los menores, son ellas las que deben suplir sus necesidades básicas, por lo que teniendo en cuenta que se deben salvaguardar los derechos de los niños consagrados en el artículo 44 de la Constitución Nacional, derivado de la calidad de madres cabeza de familia es procedente conceder la prisión domiciliaria de negada.

Cita entre otras la sentencia del 30 de septiembre de 2009 dentro el radicado 30106 M.P. Augusto Ibáñez Guzmán en la que se indicó que debe conciliarse el contenido normativo de la ley 750 de 2002 con el artículo 314 de la ley 906 de 2004 y de esta manera advierte que la concesión de la figura no está supeditada a la naturaleza del delito, la carencia de antecedentes penales y menos aún la valoración de algún componente subjetivo.

Finalmente aduce que se demostró el arraigo de las procesadas y que si bien es cierto MÓNICA tiene hermanas, estas también tienen hijos y familias, no pudiéndose afirmar que los hogares sustitutos son una opción.

VI.- PARA RESOLVER SE CONSIDERA

6.1.- COMPETENCIA

Esta Sala está facultada para tramitar y resolver el recurso interpuesto, como quiera que se trata de sentencia emitida por un Juez Penal del Circuito Especializado perteneciente a este Distrito, así lo habilita el artículo 34-1 de la Ley 906 de 2004 y el artículo 91 de la Ley 1395 de 2010 que modificó el artículo 179 del Código de Procedimiento Penal.

6.2.- PROBLEMA JURÍDICO

En atención al principio de la limitación de la doble instancia, la Sala se ocupará de establecer si la decisión de negar el sustituto penal de la prisión domiciliaria a las señoras MÓNICA LUCERO ORTÍZ y LUZ ADRIANA VARÓN fue acertada, o, por el contrario debe revocarse, considerando que según el planteamiento de la Defensa, dicho instituto opera a su favor.

Se aborda el tema planteado comenzando por recordar que la noción de “*mujer cabeza de familia*” se encuentra consagrada en el artículo 2° de la Ley 82 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 1232 de 2008, en los siguientes términos:

*“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.”.

Sobre esta definición por parte de la Corte Constitucional se preciso que:

“...[p]ara 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 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”².

Dicha Corporación, en relación con la carga probatoria, señaló que corresponde a quien reclama la condición de padre cabeza de familia, demostrar lo siguiente:

“... (i) Que sus hijos propios, menores o mayores discapacitados, estén a su cuidado, que vivan con él, dependan económicamente de él y que realmente sea una persona que les brinda el cuidado y el amor que los niños requieran para un adecuado desarrollo y crecimiento; que sus obligaciones de apoyo, cuidado y manutención sean efectivamente asumidas y cumplidas, pues se descarta todo tipo de procesos judiciales y demandas que se sigan contra los trabajadores por inasistencia de tales compromisos. (ii) Que no tenga alternativa económica, es decir, que se trate de una persona que tiene el cuidado y la manutención exclusiva de los niños y que en el evento de vivir con su esposa o compañera, ésta se encuentre incapacitada física, mentalmente o moralmente, sea de la tercera edad, o su presencia resulte totalmente indispensable en la atención de hijos menores enfermos, discapacitados o que médicamente requieran la presencia de la madre.”¹¹

De otra parte el derecho de la mujer cabeza de familia a purgar la pena privativa de la libertad en su residencia, fue consagrado en el artículo 1º de la Ley 750 de 2002: “por la cual se expiden normas sobre el apoyo de manera especial, en materia de prisión domiciliaria y trabajo comunitario a la mujer cabeza de familia”, que expresa:

“Artículo 1º. 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

² Corte Constitucional SU-388 de 2005

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 participes de los delitos de genocidio, homicidio, delitos contra las cosas o personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, extorsión, secuestro, desaparición forzada o quienes registren antecedentes penales, salvo por delitos culposos o delitos políticos...”

La Corte Suprema de Justicia sobre los requisitos para su concesión señaló:

“De acuerdo con esta norma, cuatro serían los requisitos exigidos para acceder a esta prerrogativa, (i) que el peticionario tenga la condición de madre o padre cabeza de familia, (ii) que el delito por el cual se procede no esté excluido del beneficio, (iii) que el infractor no registre antecedentes penales, y (iv) que su desempeño personal, laboral, familiar o social permita determinar que no colocará en peligro la comunidad o las personas a su cargo, hijos menores de edad o hijos con incapacidad mental permanente.”³.

Aclarado lo anterior se tiene que para la concesión de este beneficio no existe una plena discrecionalidad por parte del juzgador, siendo necesario ponderar distintos aspectos como así lo precisó la Alta Corporación:

“Es decir, el debido respeto al interés superior del menor no implica un reconocimiento mecánico, irrazonable o autoritario de sus derechos. Y dejar como único requisito de la detención o prisión domiciliaria para los padres o madres cabeza de familia la constatación de la simple condición de tal convierte en absoluto el derecho del menor a no estar separado de su familia, y además lo hace en detrimento de unos institutos (la detención preventiva en centro de reclusión y la ejecución de la pena en establecimiento carcelario) que no sólo atienden a principios y valores constitucionales (como la paz, la responsabilidad de los particulares y el acceso a la administración de justicia de todos los asociados), sino que deben ser determinados por las circunstancias personales del agente, motivo por el cual tienen que ser ponderadas en todos los casos.

(...)

Lo anterior significa que no está prohibida la confrontación, en cada caso, de las circunstancias constitutivas del interés superior del menor con las condiciones personales en el imputado o autor del injusto que justifiquen la procedencia de la detención preventiva o de la ejecución

³ Sentencia del 17 de noviembre de 2010. Radicado 32864 reiterado en radicado 46277 del 31 de mayo de 2017

de la pena privativa de la libertad, en la medida en que estas últimas manifiestan valores constitucionales opuestos que, por el solo hecho de contar con un peso abstracto menor, no pueden ser excluidos de la sindéresis judicial...”⁴

Por su parte el artículo 23 de la ley 1709 de 2014, el cual adicionó el artículo 38B a la Ley 599 de 2000, la prisión domiciliaria como sustitutiva de la privación de libertad intramural procede siempre que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley no sea superior a ocho (8) años, que no se trate de uno de los delitos enlistados en el inciso segundo del artículo 68A de la Ley 599 de 2000⁵, que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado y que se garantice mediante caución el cumplimiento de las obligaciones que consagra la misma norma.

6.2.1.- Del caso concreto. La condición de madre cabeza de familia de MÓNICA LUCERO ORTÍZ MARTÍNEZ.

En el presente asunto, conforme lo expone la Defensa, la condición de madre de los menores A. S. T. O y Y.N.T.O. de 3 y 2 años de edad respectivamente, está demostrada con los registros civiles de nacimiento con indicativo serial Nos. 53502704 y 54336078, figurando como su padre YIMI TORRES HERRERA. Sobre su arraigo personal, familiar y social, la Defensa aportó certificación laboral suscrita por la señora MADELEINE DE ÁVILA en la que se indica que MÓNICA LUCERO ORTÍZ, desde el 14 de agosto de 2019 trabaja lavando y planchando ropa en su domicilio, actividad por la cual devenga \$40.000 pesos semanales, la cual es certificada también por JHOANA PATRICIA SANABRIA para quien trabaja desde el 30 de agosto de 2019, y para la señora YEIMI BORDA desde el 26 de agosto de 2019; algunas de estas personas certifican además que se trata de una persona sociable, responsable por ser vecina del lugar de su residencia.

Revisada la documentación relacionada con las labores de verificación de arraigo, se reportó convivencia en unión libre con YIMI TORRES HERRERA,

⁴ Sentencia de 22 de junio de 2011, rad. 35.993.

⁵ La norma original establecía que no procedía ningún beneficio o subrogado penal: i) cuando la persona hubiere sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores (presupuesto que se conserva en el artículo 32 de la ley 1709 de 2014-), y ii) que no se tratara de delitos contra la administración pública estafa y abuso de confianza sobre bienes del Estado, utilización indebida de información privilegiada, lavado de activos y soborno transnacional.

padre de sus hijas, con quien reside en la calle 30 Trv 26-33 casa 10 de Sogamoso, con oficio: ama de casa⁶. De acuerdo a lo anterior, siendo claro que el padre de las menores, vinculado también a éste trámite y privado de la libertad en la actualidad no era la persona que podría hacerse cargo de las menores, bien podía afirmarse que deberían estar con la aquí procesada.

Ahora bien, según el *A quo*, debiendo estar las menores con su madre, no se demostró la ausencia de ayuda sustancial de los demás miembros de la familia que indicaran su responsabilidad solitaria y que aún privada de su libertad en su residencia tuviera alternativa económica para el cuidado y manutención de sus hijas lo que por el contacto con personas dedicadas a actividades ilícitas representa un peligro no solo para la comunidad sino también para sus menores hijos a quienes les debe buen ejemplo.

Es indiscutible que la figura de la madre cabeza de familia opera a favor de quien se encuentra bajo el cuidado de sus hijos, siendo ineludible su presencia física en el hogar por ser quien les brinda afecto, la formación y educación necesarias, por la especial condición de indefensión en que se encuentran.

El objeto de la medida se cumple, siempre y cuando las condiciones particulares de los menores y la existencia de una verdadera situación de indefensión que pone en peligro su bienestar se demuestre.

Para el caso, del material probatorio allegado al expediente⁷, al cual se suma misiva remitida por MÓNICA LUCERO ORTÍZ al I.C.B.F. informando de situaciones al parecer de maltrato que sufrió su hija en el año 2019 en un hogar sustituto, se deduce que es ella quien tiene la jefatura del hogar y bajo su cargo, el desarrollo afectivo, económico, educativo y social en forma permanente de sus dos hijos menores de edad por ausencia física de su padre al estar privado de la libertad, siendo por ellos que se compone el núcleo familiar.

⁶ Folios 18 a 24 Cuaderno Juzgado Conocimiento

⁷ Valga resaltar, que conforme a decisión de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia SP7752-2017, Radicación N° 46277, del 31 de mayo de 2017, MP. Patricia Salazar Cuellar, para el análisis de la procedencia para otorgar este sustituto, se debe tener en cuenta el material probatorio existente en el proceso, sin la manifestación de especulaciones respecto de la existencia de familia extensa, cuando eso no ha sido sustentado ni demostrado.

De la situación expuesta surge también la deficiencia sustancial de ayuda de otros miembros de la familia, pues dentro de las pruebas, no se hace referencia a la existencia de familia extensa más que una hermana, ANA LILIANA ORTÍZ MARTÍNEZ, a quien se comunicó la aprehensión de MÓNICA LUCERO, (según acta de derechos del capturado visible a folio 176 de la carpeta No. 3 de la Fiscalía), persona que al parecer no se ocupó de la menor A.S.T.O. en el año 2019 debiéndola ubicar en un hogar sustituto.

Así las cosas, sin que resulte válido afirmar que derivado de la conducta delictiva en que incurrió MÓNICA LUCERO ORTÍZ, en la actualidad existe el peligro de reincidencia, o que desde su residencia pueda desplegarse la actividad delictiva conocida en este asunto, y, menos que derivada de dicho hecho o de elementos de conocimiento allegados se genere probabilidad de afectación de intereses superiores de los menores, el juicio de ponderación realizado por el *A quo* es desacertado y la prevalencia de los intereses superiores de los menores en este caso superan los fines estatales en la ejecución de la pena.

Al respecto puede advertirse, que de acuerdo con los elementos de conocimiento allegados a la actuación, desde el mes de agosto de 2019 la aquí procesada, se empleó en el oficio del lavado y planchado de ropa, aún encontrándose cobijada con la medida de aseguramiento privativa de la libertad en su sitio de residencia; pudo tener como finalidad dicha decisión, el brindarle una mejor calidad de vida a sus hijos, derivar de allí su sustento y el de ellos, por lo que contrario a lo analizado por el *A quo* puede preverse que su desempeño personal, laboral, familiar y social no pondrá en peligro a la comunidad o a los menores que se encuentran a su cargo.

Es indiscutible que para determinar la procedencia del sustituto de prisión domiciliaria por madre cabeza de familia, es necesario realizar una ponderación entre el interés superior del menor y la gravedad de la conducta que lesionó el bien jurídico por el que se procede; en este caso la seguridad pública se vió seriamente afectada de acuerdo al contexto de la organización criminal y las actividades propias del narcotráfico, en las que no se consideraron las consecuencias nocivas inmediatas para cualquier posible víctima y de la comunidad en general.

No obstante lo anterior, vemos que al reproche realizado a través de la intervención del derecho penal, que pudo traer como resultado una reconsideración sobre la forma de proceder y de conseguir recursos de manera lícita, (este el propósito o finalidad de la imposición de la pena a través de la prevención especial), no debe sumarse la eventualidad de separar a los menores de su madre, pues ello traería como consecuencia negativa el ubicarlos en un grave estado de indefensión y vulnerabilidad, sin sustento probatorio.

Ciertamente de esta manera los derechos fundamentales prevalentes de los menores se verían limitados y para el caso, el sacrificio de ser apartados de su madre, no justifica la satisfacción de los intereses de orden justo que se contraponen.

Corolario de todo lo anterior, y verificado el cumplimiento de los demás requisitos, la decisión adoptada en primera instancia deberá revocarse, y en su lugar otorgarse a la procesada MÓNICA LUCERO ORTÍZ MARTÍNEZ, el sustituto de la prisión domiciliaria por madre cabeza de familia, para lo cual deberá solicitarse además de la vigilancia de la medida por parte de las autoridades competentes, el acompañamiento por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a efectos de que realice visitas regulares para evaluar las condiciones de los menores a favor de quienes operó la figura hoy en estudio.

En los términos previstos en el artículo 38B numeral 4º. del Código Penal deberán garantizarse mediante caución juratoria las obligaciones allí contenidas, para lo cual deberá suscribir diligencia de compromiso.

6.2.2.- La condición de madre cabeza de familia de LUZ ADRIANA VARÓN OROZCO.

Para soportarla, la Defensa allegó registro civil de nacimiento con indicativo serial No. 50219623 correspondiente a J.S.M.V. de 7 años de edad cuyo padre es HARVEY MARTÍNEZ CANTOR. Asimismo se aportó acta suscrita por la señora CAROLINA MORENO quien el 26 de noviembre de 2019 manifestó que emplearía a LUZ ADRIANA VARÓN OROZCO en la ciudad de Bogotá

RADICACIÓN: 15-693-34-04-001-2019-00040-01

para labores de modistería con un pago mínimo de \$35.000 pesos diarios; se indica además que en dicho lugar esa persona le arrendaría una habitación en la calle 73 No. 77 L Sur.

De acuerdo al material probatorio allegado al proceso, LUZ ADRIANA VARÓN quien dijo vivir en unión libre con TATIANA CIFUENTES, producto de la verificación de arraigo además informó como sitio de su residencia la MZ 2 sector diez casa 22 barrio las Colinas ubicado en Armenia-Quindío, con sitio de trabajo en el Barrio las Mercedes de esa ciudad, oficio: servicios generales.

La Sala comparte el análisis realizado por el *A quo* con relación a esta procesada, pues si bien es cierto su condición de madre está demostrada, la deficiencia de ayuda sustancial de los demás miembros del núcleo familiar que ubicaría a la menor K.S.M.V. en estado de indefensión dado el rol de proveedora, protectora y cuidadora que tiene su madre, y que haría operar la figura de madre cabeza de familia a su favor no se demostró, sin que la extensa cita jurisprudencial que realiza la recurrente supla la deficiencia probatoria en torno a la demostración de esta condición en cabeza de LUZ ADRIANA VARON OROZCO

Se deduce en consecuencia que al no acreditarse el primero de los requisitos establecidos en el artículo 1º. de la Ley 750 de 2002, y sin que sea necesario entrar a abordar el estudio de los restantes para la concesión del sustituto de prisión domiciliaria por madre cabeza de familia, la decisión adoptada en primera instancia respecto de la citada deberá mantenerse incólume.

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, ADMISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY

RESUELVE

RADICACIÓN: 15-693-34-04-001-2019-00040-01

PRIMERO: REVOCAR parcialmente el numeral tercero de la sentencia impugnada en lo concerniente al otorgamiento de la prisión domiciliaria a favor de MÓNICA LUCERO ORTÍZ MARTÍNEZ.

CONCÉDASE en consecuencia la prisión domiciliaria a la procesada MÓNICA LUCERO ORTÍZ MARTÍNEZ por madre cabeza de familia. Para el efecto, en los términos previos en el artículo 38B numeral 4º. del Código Penal deberán garantizarse mediante caución juratoria las obligaciones allí contenidas. SUSCRÍBASE diligencia de compromiso y OFÍCIESE al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a efectos de que realice visitas regulares para evaluar las condiciones de los menores a favor de quienes operó la figura hoy en estudio, conforme lo indicado en la parte considerativa.

SEGUNDO: En lo demás **CONFÍRMESE** la providencia impugnada.

TERCERO: Contra la presente decisión procede el recurso de casación, el cual deberá ser interpuesto en los términos del artículo 181 de la Ley 906 de 2004.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



GLORIA INÉS LINARES VILLALBA
Magistrada Ponente



EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA
Magistrado

RADICACIÓN: 15-693-34-04-001-2019-00040-01



LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO

Magistrada