



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR
Magistrada ponente

SP4945-2019

Radicación n° 53863

(Aprobado Acta n° 302)

Bogotá D.C., trece (13) de noviembre dos mil diecinueve (2019).

1. VISTOS

Se resuelve sobre la demanda de casación presentada por el defensor de WILLIAM JOAQUÍN CUBIDES ACOSTA en contra del fallo proferido el 13 de julio de 2018 por el Tribunal Superior de Bogotá, que confirmó la sentencia condenatoria emitida el 22 de mayo del mismo año por el Juzgado 46 Penal del Circuito de esta ciudad.

2. HECHOS

El 3 de junio de 2017, en horas de la tarde, WILLIAM JOAQUÍN CUBIDES ACOSTA portaba 477,3 gramos de cocaína, ocultos en “*una envoltura en forma de panela*”. Los hechos ocurrieron en el barrio La Aguadita, ubicado en el casco urbano de esta ciudad.

3. ACTUACIÓN RELEVANTE

Al día siguiente, la Fiscalía le formuló imputación por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, consagrado en el artículo 376 del Código Penal. Antes de que se consolidara la acusación, las partes presentaron un acuerdo, en virtud del cual el procesado aceptó dicho cargo, pero a título de cómplice, y establecieron que la pena procedente sería la mínima prevista en la norma en mención.

Dentro del trámite dispuesto para esa forma de terminación anticipada de la actuación, el 22 de mayo de 2018 el Juzgado Cuarenta y Seis Penal del Circuito de Bogotá lo condenó a las penas de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 48 meses, y multa por valor de 62 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Consideró improcedente la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

El recurso de apelación interpuesto por la defensa activó la competencia del Tribunal Superior de Bogotá, que confirmó el fallo impugnado, mediante proveído del 13 de julio del mismo año. El mismo sujeto procesal interpuso el recurso extraordinario de casación.

4. LA DEMANDA DE CASACIÓN

Al amparo de la causal de casación prevista en el artículo 181, numeral 1º, de la Ley 906 de 2004, el censor plantea que el Tribunal se equivocó en la interpretación de las normas que regulan la prisión domiciliaria, pues asumió, en contravía de lo establecido en la Ley 750 de 2002 y de “*múltiples precedentes de la Corte Constitucional*”, que dicho instituto solo opera cuando el procesado está a cargo de sus hijos, mas no cuando tiene bajo su cuidado a sus progenitores.

Tras hacer un recuento de varias decisiones de esta Corporación, resaltó que este tema no ha sido decantado, por lo que se hace necesario el consecuente desarrollo jurisprudencial.

Basado en lo anterior, solicita a la Corte casar el fallo impugnando y, en consecuencia, conceder al procesado la prisión domiciliaria, toda vez que tiene la calidad de padre cabeza de familia respecto de su progenitora, anciana y enferma, y su hermano, quien padece “*esclerosis lateral amiotrófica*”. En la parte final de su escrito, bajo el título de

“*circunstancia especial para mencionar*”, hizo hincapié en que su representado también tiene a cargo a los hijos que procreó con Nery Yalexty Peña Lemus.

5. SUSTENTACIÓN Y RÉPLICAS

El impugnante reiteró lo expuesto en la demanda.

La delegada de la Fiscalía dijo que el Tribunal se equivocó al interpretar el instituto de la prisión domiciliaria cuando se trata de padre cabeza de familia, toda vez que redujo ese beneficio a los casos en que el procesado tiene a su cargo hijos menores de edad o discapacitados, sin tener en cuenta que la definición de madre cabeza de familia es mucho más amplia, lo que ha sido objeto de desarrollo legal y jurisprudencial.

No obstante, señaló que no se reúnen los otros requisitos para la aplicación de dicho beneficio, esto es, la demostración de la dependencia económica, social y afectiva, así como el pronóstico de que trata el artículo 1° de la Ley 750 de 2002 acerca del comportamiento futuro del procesado.

A la luz de estos argumentos, solicitó a la Corte unificar la jurisprudencia sobre la procedencia de la prisión domiciliaria cuando el condenado tiene a cargo a sus padres u otros familiares en condición de vulnerabilidad, sin que deba perderse de vista que en este caso no se probó que CUBIDES ACOSTA asume el cuidado de su progenitora y de

su hermano, ni que estos no cuentan con otras fuentes de ayuda o auxilio.

Finalmente, la delegada del Ministerio Público solicitó no casar el fallo impugnado, toda vez que el Tribunal expuso las razones por las que no es procedente el referido beneficio. En esencia, sostuvo que no se demostró que la madre, el hermano y el hijo del procesado dependan de él para su supervivencia, sin que pueda perderse de vista, frente al menor de edad, que la progenitora de este tiene el deber de asistirlo en los planos económico, social y afectivo.

6. CONSIDERACIONES

6.1. La delimitación del debate

Ante el Juzgado, el defensor de CUBIDES ACOSTA alegó que este tiene a cargo a su madre y a su hermano. En respuesta a esa argumentación, el juzgador de primer grado consideró improcedente la prisión domiciliaria a título de padre cabeza de familia, por las siguientes razones: (i) a la luz de la definición prevista en la Ley 82 de 1993, el procesado podría tener la calidad de padre cabeza de familia, de demostrarse que asume el cuidado de su madre y su hermano, de quienes predica incapacidad para trabajar; (ii) no obstante, la Ley 750 de 2002, desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de esta Corporación, establece que este beneficio no procederá si el procesado tiene antecedentes penales –*salvo por delitos culposos o políticos*– y que pueda inferirse que no pondrá en peligro a la

comunidad o a las personas que tenga a cargo; (iii) el procesado tiene antecedentes penales por el mismo tipo de delitos; (iv) es razonable pensar que podría reincidir; y (iv) no se acreditó que la madre y el hermano del procesado dependan exclusivamente de este.

En el escrito de apelación, el defensor hizo énfasis en que CUBIDES ACOSTA tiene 4 hijos (*de 26, 22, 19 y 13 años, para ese entonces*), y que “*responde económicamente por el menor de ellos*”, sin perjuicio de las obligaciones que tiene para con su progenitora y su hermano, lo que, según dijo, se demostró con las respectivas historias clínicas, un testimonio “*extrajuicio*” y la “*certificación*” emitida por el Personero de Puerto López. Señaló, además, que el antecedente que pesa en contra de su representado ya se encuentra “*cancelado*”, lo que no fue considerado por el Juzgado.

Al resolver el recurso de apelación, el Tribunal dio por sentado que en esa fase de la actuación no es posible decidir sobre la prisión domiciliaria, porque la sentencia no se encuentra en firme. A la luz de varios pronunciamientos de esta Corporación, concluyó:

*[a]l dictar la sentencia el juez o el Tribunal, frente a la solicitud de sustitución de la prisión carcelaria por domiciliaria, por la condición de madre o padre cabeza de familia, puede tomar como referente los lineamientos del artículo 314 de la Ley 906 de 2004, concordante con el artículo 461 ibídem, pero en el entendido de que se trata de **la sustitución de la medida de aseguramiento**, no como sustitución de la prisión domiciliaria.*

*Por consiguiente, **el estudio que abordará el Tribunal lo será bajo el entendido de que se ha solicitado la sustitución de la detención domiciliaria** a favor de WILLIAM JOAQUÍN CUBIDES ACOSTA, por la calidad de padre cabeza de familia¹.*

Finalmente, concluyó que no es viable el cambio de sitio de reclusión, toda vez que:

[d]e acuerdo con el artículo 2º de la Ley 82 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 1232 de 2008, en concordancia con la sentencia C-034 de 1999, se entiende por mujer o padre cabeza de familia, quien siendo soltero (a) o casado (a), ejerce la jefatura del hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica y 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.

Es importante precisar que el espíritu de la Ley 750 de 2002 y del artículo 314-5 de la Ley 906 de 2004, no es dotar de prerrogativas jurídico penales a las personas que tengan la calidad de cabeza de hogar, pues lo que ha procurado el legislador con dichas disposiciones es evitar que los hijos menores, ante la privación de la libertad del padre o de la madre, queden bajo una situación de completo abandono o desprotección. Por tanto, si no hay tal, no es dable, con fundamento en las citadas disposiciones, otorgar la sustitución de la pena de prisión carcelaria por prisión domiciliaria, por cuanto lo que se protege es el interés superior del niño y no la mera calidad de padre o madre cabeza de familia.

Luego de transcribir algunos apartados de la sentencia C-154 de 2007, agregó:

¹ Negrillas fuera del texto original.

*De lo expuesto queda claro que el beneficio de marras, **conforme las prescripciones del artículo 314-5 de la Ley 906 de 2004**, está concebido para aquellos procesados que sean padres cabeza de familia de hijo menor o que sufriera incapacidad permanente y, por ende, **no está consagrado para hacerlo extensivo cuando los acusados tienen a su cargo otro grupo de familiares como padres, abuelos o hermanos, así estos se encuentren en condiciones de discapacidad o enfermedad**².*

Por tanto, al tenor literal de la norma en cuestión, no surge procedente otorgarle al procesado CUBIDES ACOSTA, la detención domiciliaria por la calidad de padre cabeza de familia, con el argumento que (sic) tiene bajo su protección personal y económica a su madre ANALIA ACOSTA CUBIDES, quien es una adulta mayor y se encuentra en delicado estado de salud, dado que padece de hipertensión arterial y diabetes, al igual que tiene antecedentes de enfermedad cardíaca, así como a su hermano SEGUNDO ISIDRO CUBIDES ACOSTA, persona que está afectado (sic) por esclerosis lateral amiotrófica, habida consideración que, se reitera, dicha prerrogativa está establecida para los casos en que los sindicados tienen bajo su cuidado a hijos menores o que sufrieran incapacidad permanente, siendo claro que el artículo 314-5 del C.P.P., no contempla otro tipo de hipótesis.

Precisamente por entender que no es viable la **detención domiciliaria** cuando el procesado está a cargo de personas diferentes a sus hijos menores o discapacitados, el Tribunal no analizó las razones de orden fáctico expuestas por el Juzgado para negar dicho beneficio.

² Negrillas añadidas.

Finalmente, concluyó que dicha calidad –*padre cabeza de familia*– tampoco es predicable respecto de su hijo menor de edad, pues si bien es cierto aportó los documentos que dan cuenta del parentesco, también lo es que no demostró que el menor estuviera exclusivamente bajo su cuidado, máxime si se tiene en cuenta que se conoce la identidad de la madre del niño, quien tendría que asumir su cuidado y manutención.

Por su parte, el demandante solo cuestionó lo resuelto por el Tribunal sobre la improcedencia de la prisión domiciliaria para los padres cabeza de familia que tienen a cargo ancianos enfermos u otras personas discapacitadas. No se pronunció frente a las razones factuales expuestas por el Juzgado para negar el cambio de sitio de reclusión.

La Fiscalía considera que el Tribunal se equivocó en la interpretación del artículo 314, numeral 5°, en cuanto lo redujo a los padres que tienen a cargo hijos menores o discapacitados. En el sentido indicado, solicitó el desarrollo jurisprudencial de esta temática, bajo el entendido de que la defensa no demostró que CUBIDES ACOSTA estuviera a cargo de su progenitora y su hermano. El Ministerio Público también se refirió a la falta de pruebas de dicha situación, así como de la asistencia exclusiva que el procesado le brinda a su hijo menor de edad.

Así las cosas, a la Sala le corresponde precisar: (i) si en el proceso de emisión de la sentencia (*tanto en primera como en segunda instancia*), la reclusión domiciliaria para madres o

padres cabeza de familia se resuelve en el ámbito de la medida de aseguramiento o en el de la condena; y (ii) si la **prisión** domiciliaria para madres o padres cabeza de familia solo puede otorgarse para el cuidado y la manutención de los hijos –*menores de edad o discapacitados*–, o si dicho beneficio es viable cuando el condenado tiene a cargo a sus padres u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar.

6.2. La regulación de la prisión domiciliaria para madres o padres cabeza de familia

6.2.1. La definición de madre –o padre- cabeza de familia

Al respecto, el artículo 2° de la Ley 82 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 1232 de 2008, establece lo siguiente:

Jefatura Femenina de Hogar. Para los efectos de la presente ley, la Jefatura Femenina de Hogar, es una categoría social de los hogares, derivada de los cambios sociodemográficos, económicos, culturales y de las relaciones de género que se han producido en la estructura familiar, en las subjetividades, representaciones e identidades de las mujeres que redefinen su posición y condición en los procesos de reproducción y producción social, que es objeto de políticas públicas en las que participan instituciones estatales, privadas y sectores de la sociedad civil.

En concordancia con lo anterior, es Mujer Cabeza de Familia, quien siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces

o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, psíquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.

De la literalidad de la ley se extrae que el carácter de madre cabeza de familia no solo se adquiere cuando se tiene a cargo a hijos menores de edad. En efecto, el legislador previó expresamente la posibilidad de adquirir dicha calidad cuando esa relación de dependencia se presenta frente a **“otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar”**.

Esta postura fue reiterada, en términos generales, en la sentencia SU 388 de 2005. Más puntualmente, en la sentencia T-200 de 2006 la Corte Constitucional concluyó que una de las demandantes era madre cabeza de familia por el hecho de tener a cargo (*según las reglas allí establecidas*) a su padre, dada la ancianidad y el precario estado de salud de este. En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia (*Sala de Casación Laboral*), concluyó que la demandante tenía la calidad de madre cabeza de familia por estar a cargo de su esposo, quien padecía una grave afectación mental (CSJSP, 12 feb. 2014, Rad. 43118).

6.2.2. La regulación de la prisión domiciliaria para madres o padres cabeza de familia, antes de la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004

El artículo 1° de la Ley 750 de 2002 establece:

La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá, cuando la infractora sea mujer cabeza de familia, en el lugar de su residencia o en su defecto en el lugar señalado por el juez en caso de que la víctima de la conducta punible resida en aquel lugar, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

Que el desempeño personal, laboral, familiar o social de la infractora permita a la autoridad judicial competente determinar que no colocará en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo, hijos menores de edad o hijos con incapacidad mental permanente.

La presente ley no se aplicará a las autoras o partícipes de los delitos de genocidio, homicidio, delitos contra las cosas o personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, extorsión, secuestro o desaparición forzada o quienes registren antecedentes penales, salvo por delitos culposos o delitos políticos.

Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones:

Cuando sea el caso, solicitar al funcionario judicial autorización para cambiar de residencia.

Observar buena conducta en general y en particular respecto de las personas a cargo.

Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerida para ello.

Permitir la entrada a la residencia, a los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión y cumplir las demás condiciones de seguridad impuestas

en la sentencia, por el funcionario judicial encargado de la vigilancia de la pena y cumplir la reglamentación del INPEC.

El seguimiento y control sobre esta medida sustitutiva será ejercido por el juez, autoridad competente o tribunal que conozca del asunto o vigile la ejecución de la sentencia con apoyo en el INPEC, organismo que adoptará entre otros un sistema de visitas periódicas a la residencia de la penada para verificar el cumplimiento de la pena, de lo cual informará al despacho judicial respectivo.

De la armonización de estas dos leyes se extrae que la prisión domiciliaria bajo la modalidad de madre cabeza de familia opera cuando la condenada tiene a cargo hijos menores, como también cuando constituye el único soporte de otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, bien por su edad o por problemas graves de salud. Lo anterior, siempre y cuando se verifiquen los requisitos consagrados expresamente en la norma que se acaba de transcribir.

La anterior conclusión se aviene a los argumentos expuestos en el Congreso de la República durante el trámite de discusión de la referida ley:

*En particular en tales casos se percibe la urgencia de la adopción de medidas de apoyo especial a dichas mujeres, por cuanto, es un hecho reconocido que los hijos menores **y otras personas incapaces a cargo de la mujer cabeza de familia reclusa**, quedan desamparados y a merced de las más nefastas influencias de la sociedad, lo que conlleva un doble efecto negativo para la sociedad, por una parte, el que no pueda cumplir esa mujer reclusa, su rol natural respecto de sus hijos y de otras personas*

*incapaces a su cargo, y de otra parte, que reciban esos menores una negativa orientación que los determinará con alta probabilidad a ubicarse al margen de la ley en el futuro, como medio de subsistencia y como el único modo de vida aprendido.*³
(..)

*Este especial apoyo se dirige a permitir que la mujer cabeza de familia reclusa, **pueda reintegrarse de facto a su círculo familiar**⁴ a fin de desempeñar el rol que le corresponde, mediante la figura de la “pena sustitutiva de prisión domiciliaria” y su relacionada medida de aseguramiento denominada “detención domiciliaria” y/o mediante la redención de su pena, encuéntrase o no reclusa en centro carcelario o penitenciario, a través de la redención de su pena por trabajo comunitario.*⁵

Igualmente, debe resaltarse que en su versión original este beneficio solo estaba consagrado para las mujeres.

Por esto último, la norma fue demandada ante la Corte Constitucional, en esencia por dos razones: (i) por la afectación del derecho a la igualdad, bajo el argumento de que los hombres fueron discriminados al quedar excluidos de ese beneficio; y (ii) por la discriminación de los hijos de los procesados, cuando estos se encontraban bajo los supuestos consagrados en la ley y desarrollados por la jurisprudencia, esto es, dependieran exclusivamente de su padre, según las reglas establecidas para las madres cabeza de familia.

En la sentencia C-184 de 2003 la Corte delimitó de la siguiente manera los problemas jurídicos a resolver:

³ Gaceta del Congreso N° 113 de 2001

⁴ Negrilla no hace parte del texto original.

⁵ Ibídem

Primero: ¿Desconoce el principio de igualdad y el derecho a la familia de los hombres reclusos en prisión, una ley que le concede a la mujer cabeza de familia que ha cometido un delito y ha sido condenada a una pena privativa de la libertad, la posibilidad de que la cumpla en su residencia junto a sus hijos o a las personas dependientes a su cargo, pero no a los hombres que se encuentren, de hecho, en una situación similar?

Segundo: ¿Viola los derechos de los hijos a recibir amor y cuidado (artículo 42 y 44, C.P.) una norma que reconoce este derecho a los que dependen de una mujer cabeza de familia, pero no así a los niños y niñas que dependen de un hombre que, de hecho, se encuentre en la misma situación que una mujer cabeza de familia?

Luego, los resolvió de la siguiente manera: (i) los privilegios consagrados para las madres cabeza de familia son ajustados a la Constitución Política, porque están orientados a reivindicar los derechos de este grupo poblacional, dada su especial vulnerabilidad, en buena medida derivada de la discriminación histórica que han sufrido las mujeres; y (ii) sin embargo, como la prisión domiciliaria regulada en la Ley 750 de 2002 está especialmente orientada a la protección de los hijos, no es constitucionalmente admisible la discriminación de los niños que dependan exclusivamente de su padre, cuando este, materialmente, tiene el carácter de “*cabeza de familia*”.

Por esa razón, decidió:

*Declarar **EXEQUIBLES** los apartes acusados del artículo 1° de la Ley 750 de 2002, en el entendido de que, cuando se cumplan los requisitos establecidos en la ley, el derecho podrá ser concedido por el juez a los hombres que, de hecho, se encuentren en la misma*

situación que una mujer cabeza de familia, para proteger, en las circunstancias específicas del caso, el interés superior del hijo menor o del hijo impedido.

Debe resaltarse que en esa oportunidad la Corte Constitucional no se pronunció sobre la exequibilidad del trato diferenciado en lo que respecta a ***otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar***, principalmente porque la demanda se limitó a cuestionar el trato discriminatorio dado a los hijos de los “*padres cabeza de familia*”, sin perjuicio de la línea argumentativa orientada a demostrar la supuesta discriminación a los hombres.

La anterior postura fue reiterada en la sentencia C-964 de 2003. Allí, al resolver la demanda interpuesta en contra de algunos artículos de la Ley 82 de 1993, la Corte reiteró que las acciones afirmativas a favor de la mujer que ostenta la calidad de madre cabeza de familia se justifican por el deber de brindarle especial protección a ese grupo poblacional. Sin embargo, consideró contrarias a la Constitución Política los apartes normativos que establecían un trato diferente para los niños, en atención al sexo de la persona que tenía a cargo su manutención y cuidado. Por tanto, tomó un correctivo semejante al dispuesto en la sentencia C-184 de 2003.

Ante este panorama, se tiene claro que: (i) la Ley 750 de 2002 permite el cambio de sitio de reclusión (*domiciliaria en lugar de intramuros*) cuando la mujer o el hombre es la única persona a cargo del cuidado y la manutención de sus hijos menores de edad, siempre y cuando se reúnan los puntuales

requisitos previstos en la ley y desarrollados por la jurisprudencia; y (ii) el mismo beneficio puede otorgarse a la mujer que tenga la calidad de madre cabeza de familia respecto de ***otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar***, que integren su núcleo familiar, bajo las limitaciones establecidas en la ley (*valga la necesaria repetición*).

De esta manera, quedaría por establecer si el beneficio en mención podría otorgarse cuando esas “*otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar*” dependan exclusivamente del procesado (hombre), al punto que este, respecto de aquellas, reúna los requisitos legales para ser catalogado como padre cabeza de familia.

Según se indicó en los párrafos anteriores, el tema no fue resuelto en la sentencia C-184 de 2003, porque allí solo se analizó el trato legal diferenciado a los hijos de los procesados, dependiendo exclusivamente de si su cuidado y manutención estaban exclusivamente a cargo de la madre o el padre.

En opinión de la Sala, las razones expuestas por la Corte Constitucional en la sentencia en mención, aunadas a otras motivaciones de rango constitucional, son suficientes para concluir que esos otros grupos poblacionales (*personas incapaces o incapacitadas para trabajar*), no pueden ser discriminadas por el simple hecho de depender exclusivamente de un hombre y no de una mujer.

Al efecto, debe considerarse que en el ámbito de la prisión domiciliaria no solo son relevantes las acciones

afirmativas a favor de las madres cabeza de familia. De hecho, lo que resulta más trascendente es la protección de las personas que están exclusivamente a cargo del procesado, en los términos establecidos en la ley. Ello resulta indiscutible respecto a los niños, pero también es relevante frente a otros grupos de personas especialmente vulnerables, como los ancianos y las que padecen graves afecciones físicas o mentales.

Por su importancia para la solución del presente caso, debe resaltarse que los derechos de los ancianos, como grupo especialmente vulnerable, han sido objeto de amplios estudios jurisprudenciales. Por ejemplo, en la sentencia C-177 de 2016 la Corte Constitucional hizo un análisis pormenorizado de las normas constitucionales y los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por Colombia, atinentes a la protección de ese grupo poblacional.

El ordenamiento superior ha sido objeto de un prolijo desarrollo legal, claramente orientado al reconocimiento de la vulnerabilidad de este sector de la población y a la adopción de las respectivas medidas de protección. En este ámbito, se destacan las leyes 1251 de 2008 (*“Por la cual se dictan normas tendientes a procurar la protección, promoción y defensa de los derechos de los adultos mayores”*), 1315 de 2009 (*“Por medio de la cual se establecen las condiciones mínimas que dignifiquen la estadía de los adultos mayores en los centros de protección, centros de día e instituciones de atención”*) y 1850 de 2017 (*“Por medio de la cual se establecen medidas de protección al adulto mayor en Colombia, se modifican las Leyes 1251 de 2008, 1315 de 2009, 599 de 2000 y*

1276 de 2009, se penaliza el maltrato intrafamiliar por abandono y se dictan otras disposiciones”).

A título de ilustración, en la Ley 1850 se incluyeron varias disposiciones atinentes a la obligación de asumir el cuidado y la manutención de los ancianos, lo que guarda estrecha relación con la temática analizada por la Sala. Se dispuso:

Artículo 5°. Adiciónese el siguiente artículo a la Ley 599 de 2000:

Artículo 229 A. Maltrato por descuido, negligencia o abandono en persona mayor de 60 años. El que someta a condición de abandono y descuido a persona mayor, con 60 años de edad o más, genere afectación en sus necesidades de higiene, vestuario, alimentación y salud, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y en multa de 1 a 5 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

PARÁGRAFO. *El abandono de la persona mayor por parte de la institución a la que le corresponde su cuidado por haberlo asumido, será causal de la cancelación de los permisos o conceptos favorables de funcionamiento y multa de 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

Artículo 9° Adiciónase un artículo 34 A a la Ley 1251 de 2008, el cual quedará así:

Artículo 34A. Derecho a los alimentos. *Las personas adultas mayores tienen derecho a los alimentos y demás medios para su mantenimiento físico, psicológico, espiritual, moral, cultural y social. Serán proporcionados por quienes se encuentran obligados de acuerdo con la ley y su capacidad económica.*

Los alimentos comprenden lo imprescindible para la nutrición, habitación, vestuario, afiliación al sistema general de seguridad social en salud, recreación y cultura, participación y, en general, todo lo que es

necesario para el soporte emocional y la vida autónoma y digna de las personas adultas mayores.

En virtud de lo anterior, corresponderá a los Comisarios de Familia respecto de las personas adultas mayores, en caso de no lograr la conciliación, fijar cuota provisional de alimentos.

Cumplido este procedimiento el Comisario de Familia deberá remitir el expediente a la Defensoría de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para que presente en nombre del adulto mayor la demanda de alimentos ante el Juez competente.

Lo expuesto en los anteriores párrafos denota la coherencia que existe entre las obligaciones legales de los familiares y personas a cargo de los adultos mayores, y la posibilidad del cambio de sitio de reclusión, bajo los puntuales requisitos y condiciones previstos en la Ley 750 de 2002, cuando ello resulte necesario para evitar que estas personas queden desprotegidas.

6.2.3. La Ley 906 de 2004 no modificó el régimen de prisión domiciliaria para madres o padres cabeza de familia

El artículo 461 de la Ley 906 de 2004 dispone:

Sustitución de la ejecución de la pena. El juez de ejecución de penas y medidas de seguridad podrá ordenar al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario la sustitución de la ejecución de la pena, previa caución, en los mismos casos de la sustitución de la detención preventiva.

De otro lado, el artículo 314 ídem establece:

Sustitución de la detención preventiva. La detención preventiva en establecimiento carcelario podrá sustituirse por la del lugar de la residencia en los siguientes eventos:

(..)

5. Cuando la imputada o acusada fuere madre cabeza de familia de hijo menor o que sufriere incapacidad permanente, siempre y cuando haya estado bajo su cuidado. En ausencia de ella, el padre que haga sus veces tendrá el mismo beneficio.

Estas normas han sido interpretadas de manera diversa, en lo que concierne a su incidencia en el régimen de prisión domiciliaria para madres o padres cabeza de familia. Durante algún tiempo se asumió que regularon esta figura de una forma más laxa, en la medida en que no incluyó todos los requisitos y limitaciones establecidos en la Ley 750 de 2002.

Sin embargo, desde el año 2011 y hasta la fecha se sostiene pacíficamente que el artículo 314 de la Ley 906 de 2004 regula la medida de aseguramiento, que resulta relevante de cara a la salvaguarda del proceso (*la protección de las pruebas y la comparecencia del imputado o acusado*) y la protección de las víctimas y de la sociedad mientras se decide sobre la responsabilidad penal del procesado.

La diferenciación de la medida de aseguramiento y la pena es la idea central de las argumentaciones expuestas por la Sala para demostrar que los artículos 314 y 461 de la Ley 906 de 2004 no modificaron la prisión domiciliaria para

madres o padres cabeza de familia, ni la prisión domiciliaria no sujeta a dicha condición.

Como quiera que el presente asunto se resuelve a la luz de la **prisión** domiciliaria, la Sala solo se referirá tangencialmente a la **detención** preventiva, lo que no debe tomarse como un pronunciamiento de fondo o desarrollo jurisprudencial de esa medida cautelar, precisamente porque ese asunto es ajeno al objeto de decisión.

En la decisión CSJSP, 19 oct 2006, Rad. 25724, la Sala analizó la incidencia de las normas en mención en la prisión domiciliaria (*no sujeta al carácter de padre o madre cabeza de familia*). A la luz de sus propios precedentes reiteró que

*[a]dvierte la Sala frente a esta propuesta, que de ninguna manera la nueva normatividad procesal modificó el artículo 38 de la Ley 599 de 2000 sobre ese instituto, **pues una cosa es la detención domiciliaria, que procede en el trámite del proceso, y otra, muy distinta, la prisión domiciliaria que procede para la ejecución de la pena.***

Es cierto que en la sistemática de la Ley 906 de 2004, la detención domiciliaria no exige límite punitivo, como está consagrado en el artículo 314, norma que en verdad tiene efectos sustanciales favorables en la regulación de este específico instituto, como lo reconoció la Sala en proveído del 4 de mayo de 2005, Rdo. 23.567.

Este trato benévolo se entiende porque en la filosofía del sistema oral acusatorio el querer del legislador fue restringir el cumplimiento de la detención bajo el régimen carcelario, para privilegiar, de manera general, un régimen que no esté sujeto a la severidad de la reclusión intramural, la que tendrá lugar

únicamente cuando se considere necesario para los fines estrictamente señalados en el artículo 308 de la Ley 906 de 2004.

Pero, esa regla general que rige en el trámite procesal no puede extenderse a los casos donde el Estado después de destronar la presunción de inocencia, condena al cumplimiento de una pena privativa de la libertad, porque en tales eventos la aplicación de la medida debe responder a otros fines distintos a los señalados en el referido precepto instrumental, que no son otros que los fines específicos de la pena establecidos en el artículo 4º del Código Penal -Ley 599 de 2000-.

La observancia de esos fines en la aplicación de la pena, necesariamente deben armonizarse con las exigencias legales establecidas en el artículo 38 de la Ley 599 de 2000 para la prisión domiciliaria, como sustitutiva de la prisión, además de su requisito objetivo.

Sobre esa base concluyó que

[e]n la sistemática del nuevo Código Procesal Penal, la detención domiciliaria responde a unos fines específicos, aquellos señalados en el citado artículo 314, distintos a los fines de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado, que se activan en el momento de la imposición de la pena de prisión, por lo que no puede entenderse reformado el artículo 38 del Código Penal por el citado artículo 314 de la Ley 906 de 2004.

Posteriormente, la Sala estableció que las mismas normas (artículos 314 y 461 de la Ley 906 de 2004) tampoco modificaron el régimen de prisión domiciliaria para madres o padres cabeza de familia. Según se anotó, la argumentación

gira en torno a las diferencias entre la detención preventiva y el cambio de sitio de ejecución de la pena. Dijo:

[n]o es posible sostener que los artículos 314 numeral 5 y 461 del Código de Procedimiento Penal derogaron los requisitos establecidos en el artículo 1 de la Ley 750 de 2002 en lo atinente a la figura de la prisión domiciliaria para la persona cabeza de familia.

*Lo anterior, no sólo porque esta última norma es **ley especial en lo que a la regulación de la ejecución de la pena privativa de la libertad se refiere**, sino porque además es pertinente el mismo argumento que la Sala, en desarrollo de otra línea jurisprudencial⁶, ha utilizado para concluir que el numeral 1 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004 (que regula la figura de la detención preventiva en el lugar de residencia) de ninguna manera ha derogado los requisitos previstos en el artículo 38 del Código Penal (relativo a la prisión domiciliaria como sustituto de la ejecución de la pena privativa de la libertad).*

*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 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.***

(..)

⁶ En alusión a la sentencia que se acaba de citar.

El numeral 5 del artículo 314 del Código de Procedimiento Penal no puede ser interpretado de manera aislada en perjuicio del resto del ordenamiento jurídico, pues al operador de la norma no le está permitido dejar inocuos los valores y principios en los que se sustenta los fines de la detención preventiva, instituto para el cual siempre habrá de considerarse circunstancias atinentes a la persona del procesado, incluidas las derivadas de los antecedentes penales que registre.

*En cuanto al reconocimiento de la prisión domiciliaria para el padre o madre cabeza de familia, **los requisitos de orden objetivo y subjetivo consagrados en el artículo 1 de la Ley 750 de 2002 no pueden entenderse derogados por los artículos 314 numeral 5 y 461 de la Ley 906 de 2004**, en la medida en que estas normas obedecen a un carácter menos restrictivo del derecho a la libertad que desde el punto de vista de la Constitución Política se justifica por el hecho de no haber sido desvirtuada la presunción de inocencia.*

En conclusión, de tiempo atrás la Sala ha precisado que el artículo 314 de la Ley 906 de 2004, que regula algunos aspectos de la detención preventiva, y el artículo 461, que establece una puntual competencia para el juez de ejecución de penas, no modificaron la Ley 750 de 2002, que regula la prisión domiciliaria para madres y padres cabeza de familia.

6.2.4. El especial cuidado con el que el Juez debe analizar el cumplimiento de los requisitos para la concesión de la prisión domiciliaria

El legislador supeditó el otorgamiento del beneficio de prisión domiciliaria para madres –o padres- cabeza de familia, a los requisitos transcritos en el numeral 6.2.2. Ese

aspecto ha sido objeto de preocupación al interior de la Corte Constitucional y de esta Corporación, pues si bien es cierto debe abogarse por la protección de los niños y demás personas vulnerables que dependan del condenado, también lo es que debe evitarse que el cambio de sitio de reclusión ponga en riesgo a esas personas y/o a la comunidad.

Al respecto, en la sentencia C-184 de 2003 la Corte hizo énfasis en lo siguiente:

Son los jueces quienes deben impedir, en cada caso, que mediante posiciones meramente estratégicas, un hombre invoque su condición de ser cabeza de familia tan sólo para acceder en beneficio personal a la prisión domiciliaria. Por ello, el juez debe valorar (i) que la medida sea manifiestamente necesaria, en razón al estado de abandono y desprotección a que quedarían expuestos los hijos del condenado, (ii) que ésta sea adecuada para proteger el interés del menor y (iii) que no comprometa otros intereses y derechos constitucionalmente relevantes.

Recientemente (CSJSP, 25 sep. 2019, Rad. 54587), esta Sala de Casación analizó ampliamente la importancia de verificar estos requisitos. Sobre la base de lo expuesto por la Corte Constitucional en el referido fallo, reiteró su línea jurisprudencial sobre este punto. Por su importancia para la establecer la responsabilidad que tienen los jueces al resolver este tipo de asuntos, se traerá buena parte de lo expuesto en esa oportunidad:

En esa misma sentencia de constitucionalidad, se advirtió que la prisión domiciliaria era improcedente, entre otras razones, si la misma implicaba un riesgo para la comunidad y/o para los hijos

menores de edad, juicio este que dependía del desempeño - personal, familiar, laboral y social- del condenado, una de cuyas manifestaciones sería el tipo de criminalidad en la que estuvo involucrado porque, por ejemplo, si se trató de delincuencia organizada o de otra que implique la exposición a riesgos para los menores, la concesión del subrogado, seguramente, no consultaría su finalidad legal. Obsérvese:

*(..). Según el artículo 1° de la propia Ley, para acceder a este derecho deben cumplirse varios requisitos. Antes de conceder el derecho el juez debe haber valorado: (a) el desempeño personal, es decir, su comportamiento como individuo, (b) el desempeño familiar, o sea, la forma como ha cumplido efectivamente sus deberes para con su familia y la manera como se relaciona con sus hijos, (c) el desempeño laboral, con el fin de apreciar su comportamiento pasado en una actividad lícita y (d) el desempeño social, para apreciar su proyección como miembro responsable dentro de la comunidad. Con base en el estudio de la manera como se comporta y actúa en estos diferentes ámbitos de la vida, el juez debe decidir si la persona que invoca el derecho de prisión domiciliaria no pone en peligro: (i) a la comunidad, (ii) a las personas a su cargo, (iii) a los hijos menores de edad y (iv) a los hijos con incapacidad mental permanente. Así, **el juez habrá de ponderar el interés de la comunidad en que personas que han tenido un comportamiento asociado, por ejemplo, a la criminalidad organizada** y, por ende, pueden poner claramente en peligro a la comunidad, no accedan al derecho de prisión domiciliaria. **En el mismo sentido iría en contra de la finalidad de la propia ley, conceder el derecho de prisión domiciliaria a quien en lugar de cuidar de los menores, los expondría a peligros derivados del contacto personal con éstos o de otros factores que el juez ha de valorar detenidamente en cada caso.** (Negritas fuera del texto original)*

En el mismo sentido, la sentencia C-154/2007 advirtió que la protección del interés superior de los niños constituye la

justificación teleológica de la posibilidad de que los padres o madres cabeza de familia cumplan una medida de privación de la libertad en sus respectivos domicilios; razón por la cual enfatizó en el examen de la «naturaleza del delito» como condición necesaria para establecer si la decisión favorable a aquélla preserva o, por el contrario, afecta los derechos de los menores.

De cualquier manera, dado que la finalidad de la norma [art. 1 L. 750/2002] es garantizar la protección de los derechos de los menores, el juez de control de garantías deberá poner especial énfasis en las condiciones particulares del niño a efectos de verificar que la concesión de la detención domiciliaria realmente y en cada caso preserve el interés superior del menor (...).

*Adicional a lo anterior, la Corte insiste que el interés superior del menor es el criterio final que debe guiar al juez en el estudio de la viabilidad del beneficio de la detención domiciliaria. Por ello, la opción domiciliaria tampoco puede ser alternativa válida cuando **la naturaleza del delito** por el que se procesa a la mujer cabeza de familia, o al padre puesto en esas condiciones, ponga en riesgo la integridad física y moral de los hijos menores. Así las cosas, si la madre o el padre cabeza de familia son procesados por delitos contra la integridad del menor o la familia, por ejemplo, acceso carnal abusivo, el juez de garantías estaría compelido a negar la detención domiciliaria, pues la naturaleza de la ofensa legal sería incompatible con la protección del interés superior del menor.*

***El juez en cada caso analizará** la situación especial del menor, **el delito** que se le imputa a la madre cabeza de familia, o al padre que está en sus mismas circunstancias, **y el interés del menor**, todo lo cual debe ser argumentado para acceder o negar el beneficio establecido en la norma que se analiza. (Negritas fuera del texto original)*

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, a partir de 2011, en la sentencia -de casación- SP, jun. 22, rad. 35943, estableció, en

posición reiterada y uniforme, que los requisitos de la prisión domiciliaria fijados en los incisos 2 y 3 del artículo 1 de la Ley 750/2002, uno de los cuales es el pronóstico de peligro para la comunidad en general y para los hijos menores de edad -o discapacitados- en particular, se encontraban vigentes.

Esa aclaración fue producto de un cambio jurisprudencial porque en decisiones anteriores, desde la SP-única instancia-, jun. 26/2008, rad. 22453; había sostenido que el artículo 314-5 del C.P.P., en concordancia con el 461, había derogado tácitamente las denominadas exigencias subjetivas, al condicionar la reclusión domiciliaria del hombre o mujer cabeza de familia únicamente a la demostración de esta condición. Por considerar que esta tesis omitía la necesaria ponderación de los derechos superiores del menor frente a los fines de la pena -o de la medida de aseguramiento según el caso-, la Corte varió su interpretación para que en adelante se entendiera que:

2.3.2. En cuanto al reconocimiento de la prisión domiciliaria para el padre o madre cabeza de familia, los requisitos de orden objetivo y subjetivo consagrados en el artículo 1 de la Ley 750 de 2002 no pueden entenderse derogados por los artículos 314 numeral 5 y 461 de la Ley 906 de 2004, en la medida en que estas normas obedecen a un carácter menos restrictivo del derecho a la libertad que desde el punto de vista de la Constitución Política se justifica por el hecho de no haber sido desvirtuada la presunción de inocencia.

2.3.3. En consecuencia, ya sea por mandato constitucional o específico precepto legal, en ningún caso será posible desligar del análisis para la procedencia de la detención en el lugar de residencia o de la prisión domiciliaria para el padre o madre cabeza de familia, aquellas condiciones personales del procesado que permitan la ponderación de los fines de la medida de aseguramiento, o de la ejecución de la pena, con las circunstancias del menor de edad que demuestren la relevancia de proteger su

derecho, a pesar del mayor énfasis o peso abstracto del interés superior que le asiste.

En la misma providencia, se afirmó que un entendimiento distinto produciría «consecuencias jurídico-penalmente indeseables», como sería, por ejemplo, «concederle a un miembro de una estructura organizada de poder, responsable de graves violaciones a los derechos humanos o con un considerable registro de antecedentes penales, la posibilidad de continuar en su casa con actividades criminales de alta repercusión social, o de impedir con eficiencia la reiteración de las mismas, tan sólo por el hecho de ser padre o madre cabeza de familia de un menor a quien tal decisión apenas en un cierto grado beneficiaría».

*Es más, en una decisión anterior a la que se analiza (SP, mar. 23/2011, rad. 34784), ya la Corte había anticipado que «no puede pensarse que la posibilidad de conceder el beneficio de la prisión domiciliaria, está supeditada únicamente a establecer, la condición de padre o madre cabeza de familia; conforme a las pautas jurisprudenciales **también es menester verificar que el delito objeto de condena no es incompatible con el interés superior del menor**, de tal manera que no se avizore peligro para su integridad física o moral». Y fue, precisamente, el análisis de la gravedad de la conducta punible realizada por la mujer condenada en ese asunto y del impacto en la integridad de sus hijos, el que impidió sustituirle la pena de prisión por la domiciliaria:*

*5.2. Sin embargo, **al verificar la conducta por la cual se condenó** a ... –tráfico, fabricación o porte de estupefacientes– consagrada en el artículo 376 inciso 3º del Código Penal, encuentra la Sala que la convivencia con sus hijos pondría en riesgo el interés superior que les asiste, dado que la repentina decisión de transportar sustancia estupefaciente adherida a su cuerpo, cuando venía procurando el sustento suyo y de su familia en forma lícita, no asegura que la integridad física y moral de los menores*

permanecerá intacta, pues a sabiendas de la responsabilidad que como madre tiene de proteger y brindar bienestar a su hijos, no dudó en recurrir a la actividad delincuencia, sin importarle el riesgo y las consecuencias que podía traerle a su familia, con tal de obtener beneficios económicos.

En el mismo sentido, la sentencia –de segunda instancia- SP, feb. 22/2012, rad. 37751; advirtió que la postura según la cual «la concesión, tanto de la sustitución de la detención como de la prisión intramural, por la domiciliaria, era indiferente respecto de las exigencias contenidas en la ley, y, por tanto no importaba el tipo de delito, la existencia de antecedentes penales, ni el comportamiento de su beneficiario», fue variada desde la SP, jun. 22/2011, rad. 35943, que estableció que «en cada caso, resulta necesario e ineludible realizar una ponderación entre los fines de la medida de aseguramiento o de la pena –según se trate- y las circunstancias del menor por proteger con la sustitución de la internación carcelaria».

Luego, en la sentencia (de segunda instancia) SP6699-2014, may. 28, rad. 43524; se reiteró, con cita textual inclusive, la tesis jurisprudencial fijada desde 2011, para ratificar la negativa a conceder prisión domiciliaria a la acusada, entre otras razones, por la gravedad de los delitos que había cometido, como se puede visualizar en los siguientes fragmentos:

*Adicionalmente, descartó la condición de madre cabeza de familia de la procesada, lo cual no fue óbice para que explicara amplia y profundamente las razones por las cuales no procedía el beneficio sustitutivo, **haciendo especial énfasis en la gravedad de las conductas punibles investigadas.***

*Es por lo anterior que se convalidará lo decidido por el A quo, pues, debe recordarse, **ese aspecto no está proscrito del análisis** obligado en torno de la concesión de los subrogados penales.*

(..).

..., en el presente asunto **no puede soslayarse la gravedad de las conductas punibles** que se le imputaron a la procesada, tres constitutivas de peculado por apropiación a favor de terceros y seis de prevaricato por acción,...

De igual manera, en el auto AP7579-2014, dic. 10, rad. 45065, con apoyo en la tesis que anticipó la sentencia SP, mar. 23/2011, rad. 34784, y reproducida en la SP6699-2014 que se acaba de transcribir parcialmente, se manifestó:

..., en varias oportunidades la Sala ha señalado que **el análisis de la gravedad del delito, de cara a determinar el posible peligro para la comunidad, no solo puede, sino que debe abordarse al momento de analizar el presupuesto subjetivo que para la concesión de la prisión domiciliaria consagra el citado precepto.**
(..).

En ese contexto, no sería dable predicar –como lo hace el demandante– que el sentenciador dejó de aplicar el artículo 1º de la Ley 750 de 2002, porque es evidente que la negativa a conceder el beneficio a la procesada, está soportada en el examen de los requisitos que consagra la norma y que no encontró acreditados a cabalidad, específicamente, los que hacen relación al desempeño laboral y social de la procesada y a la gravedad del ilícito imputado, que condujeron al juez colegiado a concluir en la necesidad de purgar la pena en establecimiento carcelario, en orden a preservar la tranquilidad y seguridad de la comunidad.

Por último, se citan otros pronunciamientos –autos de casación–, todos anteriores a las fechas en que el juez acusado profirió las decisiones que los contradecían, que se insertan en la misma línea jurisprudencial: AP, ago. 28/2013, rad. 41583; AP, nov. 20/2013,

rad. 42385; AP5749-2014, sep. 24, rad. 44309; y AP7210-2014, nov. 26, rad. 42577. Inclusive, esa posición se ha mantenido vigente, como se indicó en la SP7752-2017, may. 31, rad. 46277.

Entonces, conforme al artículo 1 de la Ley 750/2002 y a la línea jurisprudencial, tanto constitucional como penal –a partir de 2011-, la ponderación de la naturaleza y gravedad del delito objeto de condena, así como el pronóstico de peligro para la sociedad y para los hijos menores de edad o discapacitados, realizado con base en las anotadas características de la conducta punible y en el restante desempeño personal, familiar, laboral y social del condenado; son requisitos obligatorios de estudio para determinar la viabilidad de la prisión domiciliaria por la condición de padre o madre cabeza de familia.

6.3. La vigencia de la detención preventiva en el proceso penal regulado en la Ley 906 de 2004 y el inicio de la ejecución de la pena

Según se anotó en precedencia, la decisión del Tribunal gira en torno a la idea de que en las sentencias de primera y segunda instancia el cambio de sitio de reclusión (*domiciliaria en lugar de intramuros*), para las madres o padres cabeza de familia, se resuelve en el ámbito de la medida de aseguramiento de detención preventiva. Para tales efectos, se basó en una decisión de esta Corporación, donde se dijo que ello debe ser así porque hasta ese momento la condena no había quedado en firme, como sí sucede cuando la Corte resuelve el recurso extraordinario de casación.

Este tema debe ser reexaminado a la luz de varios fallos de la Corte Constitucional y diversas decisiones emitidas por esta Sala.

6.3.1. El desarrollo jurisprudencial

En la sentencia C-342 de 2017 la Corte Constitucional conoció de la demanda presentada en contra del artículo 450 de la Ley 906 de 2004, cuyo tenor es el siguiente:

Si al momento de anunciar el sentido del fallo el acusado declarado culpable no se hallare detenido, el juez podrá disponer que continúe en libertad hasta el momento de dictar sentencia.

Si la detención es necesaria, de conformidad con las normas de este código, el juez la ordenará y librará inmediatamente la orden de encarcelamiento.

Tras estudiar los argumentos del demandante y de los intervinientes, la Corte Constitucional delimitó el problema jurídico, así:

¿Es violatoria de la Constitución y concretamente de los derechos a la libertad personal (artículo 28 C.P.), el debido proceso, de la garantía de presunción de inocencia (artículo 29 C.P.) y del derecho de acceso a la segunda instancia (artículo 31 C.P.), la facultad concedida a los jueces penales de conocimiento por el artículo 450 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, que les permite ordenar el encarcelamiento de la persona, al momento de dar el sentido del fallo condenatorio, cuando consideren que tal detención resulta necesaria “de conformidad con las normas de este código” [Código de Procedimiento Penal]?

La Corte concluyó que dicha facultad de los jueces de conocimiento es ajustada a la Constitución Política, entre

otras cosas porque: (i) el sentido del fallo conforma una unidad inescindible con el texto definitivo de la sentencia, tal y como lo viene sosteniendo de tiempo atrás esta Sala; (ii) no se trata de una medida de aseguramiento, pues la misma se agota con la decisión sobre la responsabilidad penal; (iii) para decidir sobre el encarcelamiento, el juez de conocimiento, al emitir el sentido del fallo, debe considerar los fines de la pena y la reglamentación de los subrogados; (iv) se mantiene la libertad como regla general; (v) la decisión del juez debe ser suficientemente motivada; y (vi) la decisión puede ser impugnada cuando se lea el texto definitivo de la sentencia.

Por su importancia para la solución del asunto sometido a conocimiento de la Sala, deben resaltarse los siguientes argumentos de la Corte Constitucional:

*[e]l derecho a la libertad no es de carácter absoluto, sino que cuenta con limitaciones en el escenario del proceso penal, **las que son básicamente dos: la emisión de las medidas de aseguramiento, y las medidas de cumplimiento de la sentencia.** Adicionalmente ha insistido en el carácter excepcional de dichas medidas, así como en los límites que tienen los funcionarios y el propio sistema, al disponer la privación de la libertad de las personas.*

(..)

La Corte Constitucional comparte con la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia⁷ y algunos de los intervinientes, la interpretación de acuerdo con la cual dentro del sistema

⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de septiembre 17 de 2007. Radicado No. 27336 M.P. Augusto Ibáñez Guzmán y Jorge Luis Quintero Milanés. En el mismo sentido: Sentencia de enero 30 de 2008. Radicado No. 28918 M.P. Yesid Ramírez Bastidas; Sentencia de septiembre 23 de 2015. Radicado No. 40694 M.P. Patricia Salazar Cuellar.

acusatorio establecido por la Ley 906 de 2004, el fallo es un acto jurídico complejo conformado por dos momentos procesales, el del anuncio del sentido del fallo y el texto definitivo de la sentencia, que deben guardar congruencia entre sí. Considera la Sala que dicha interpretación es constitucionalmente consistente, en el sentido de integrar como una unidad conceptual y jurídica, el anuncio del sentido del fallo con la orden de privación de la libertad que eventualmente pueda darse con él, y la sentencia condenatoria que se emitirá dentro de los quince días siguientes al anuncio del fallo.

*Como fue afirmado líneas antes y se reitera ahora, el legislador tiene un amplio margen de configuración respecto de los procedimientos judiciales, incluyendo dentro de estos al procedimiento penal. Dentro de esta línea considera la Sala, que el establecimiento de la sentencia como acto jurídico complejo no excede los límites del legislador identificados por la jurisprudencia⁸, pues: la Constitución no fijó directamente un trámite judicial distinto al momento de la emisión del fallo condenatorio en materia penal; en segundo término, el establecimiento de los dos elementos constitutivos de la sentencia cumple fines del Estado dispuestos en la Constitución, como son la realización de un orden justo, la efectividad de los derechos de las partes y de la víctima dentro del proceso penal, el acceso a la justicia y el cumplimiento y efectividad de las medidas que toman los jueces penales; adicionalmente y en tercer término, el procedimiento establecido en el artículo 450 del Código de Procedimiento Penal y las medidas que allí se toman, satisfacen los principios de razonabilidad y proporcionalidad, puesto que la eventual orden de encarcelamiento debe ser motivada y cumplir los elementos de la necesidad, lo que finalmente y en cuarto lugar, permite que no se afecten las garantías del debido proceso, pues además de la motivación del acto y la necesidad de la medida, **se tiene que de conformidad con el procedimiento establecido,***

⁸ Sentencia C-319 de 2013 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, consideración jurídica No. 5

para el momento de decretarse la privación de la libertad, la culpabilidad y la responsabilidad penal ya han sido definidas, pudiendo el afectado interponer el recurso de apelación tras la expedición del texto de la sentencia.

10.7. La Sala precisa, que la expresión “necesidad” de la privación de la libertad que se disponga con el anuncio del sentido del fallo, contenida en el inciso final del artículo 450 del Código de Procedimiento Penal demandado, conforme al cual “Si la detención es necesaria, de conformidad con las normas de este código, el juez la ordenará y librárá inmediatamente la orden de encarcelamiento”, **no se refiere a los presupuestos reiterados para privar de la libertad a un ser humano durante la etapa de la investigación previstos en los artículos 308 a 310 del Código de Procedimiento Penal**, relacionados con que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia, pues para el momento en el que se anuncia el sentido del fallo, las etapas de investigación y juzgamiento ya han terminado; o porque el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima, porque dicha valoración corresponde a la etapa inicial del proceso y no a la condena; o porque resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso, pues el mismo ha llegado a la fase final con el anuncio del sentido del fallo, **sino que se refiere a los criterios y reglas para la determinación de la punibilidad y los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, especialmente consignados en los artículos 54 y 63 del Código Penal. Solo así puede entenderse la expresión “necesidad” contenida en el artículo 450 del Código de Procedimiento Penal.**

Desde la anterior comprensión, la Sala encuentra que la orden de encarcelamiento excepcional establecida por el artículo 450 del C.P.P. respeta las garantías que la Constitución ha dispuesto en favor de ese derecho, como son la reserva judicial, la reserva legal y el carácter excepcional de las medidas privativas de la libertad.

*Se mantiene el respeto por la garantía de la reserva judicial, en tanto que la orden de encarcelamiento es proferida por el juez penal de conocimiento, quien ha asistido al desarrollo de la etapa del juicio oral en cumplimiento del principio de inmediación. De otro lado se satisface también la garantía de la reserva legal, pues se dispone la orden de detención por un motivo previamente establecido en la ley, **como lo es el anuncio de la declaratoria de responsabilidad penal por la comisión de una conducta delictiva previamente establecida en las normas penales.** Adicionalmente se trata de una medida de carácter excepcional, que únicamente ocurre en el primer momento del acto jurídicamente complejo en que consiste la sentencia condenatoria, **y que tan solo procede tras la satisfacción de los criterios de necesidad de conformidad con los artículos 54 y 63 del Código Penal, relacionados con los criterios y reglas para la determinación de la punibilidad y los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, como ha quedado dicho**⁹.*

La postura de la Corte Constitucional coincide con lo expuesto por esta Sala frente a los siguientes temas:

En primer término, la argumentación gira en torno a la idea de que la anunciación del sentido del fallo y el texto definitivo de la sentencia conforman una unidad inescindible, como lo viene sosteniendo esta Corporación de tiempo atrás, entre otras, en las múltiples decisiones citadas en el fallo de constitucionalidad.

En lo que concierne a la vigencia de la medida de aseguramiento, la Sala ha reiterado que

⁹ Negrillas añadidas.

[u]na vez se haya anunciado el sentido del fallo condenatorio, toda pretensión relacionada con la libertad del procesado deberá ser estudiada a la luz de los requisitos legales exigidos para la concesión de los subrogados y sustitutos penales, en el entendido que ya en ese estadio procesal, la reclusión del penalmente responsable solo se justifica en función del cumplimiento de la sanción impuesta. De suerte que, mientras cobra ejecutoria el fallo condenatorio, la competencia para resolver ese tipo de peticiones radica en el juez de conocimiento y una vez en firme la condena las mismas deberán ser resueltas por el juez de ejecución de penas (CSJAP 4315, 6 jul. 2016, Rad. 48310).

Sobre esa misma base, esto es, que la medida de aseguramiento tiene vigencia hasta el anuncio del sentido del fallo, esta Corporación (CSJAP4711, 24 jul. 2017, entre otros) dejó sentado que ese es el límite procesal para contabilizar el término de duración de esa medida cautelar, precisamente porque a partir de ese momento la afectación de la libertad del procesado se justifica por la decisión acerca de su responsabilidad penal y, por tanto, debe analizarse a la luz de los fines de la pena y la regulación de los subrogados, como bien lo estableció la Corte Constitucional en la sentencia C-342 de 2017.

La anterior postura no solo se aviene al desarrollo jurisprudencial de esta Sala sobre los temas que se acaban de indicar, sino que, además, permite armonizar las sentencias C-221 de 2017 y C-342 del mismo año. En efecto, mientras en la primera se analizó la duración máxima de la detención preventiva, en la segunda se aclaró que esa medida cautelar pierde sus efectos con la emisión del sentido del fallo, lo que es absolutamente razonable toda vez que, en

adelante, la privación de la libertad se justifica por la decisión sobre la responsabilidad penal y debe resolverse a la luz de los fines de la pena y la reglamentación de los subrogados, tal y como se acaba de indicar.

En la decisión CSJAP4711, 24 jul. 2017, Rad. 49734, emitida antes de que se conociera el texto de la sentencia C-342 de 2017¹⁰, donde se hicieron los desarrollos ya indicados, se dijo que

[s]i al anunciarse el sentido del fallo de carácter condenatorio se omite hacer un pronunciamiento en los términos del art. 450 de la Ley 906 de 2004, en concordancia con el artículo 449 ídem, los efectos de la medida de aseguramiento solo se extienden hasta el proferimiento de la sentencia, pues por mandato del artículo 162-5 ídem, así como de los artículos 34 y ss del C.P., el juzgador deberá imponer las penas principales, sustitutivas y accesorias. Además, según se desprende de lo estipulado en los arts. 63 y 68 A del C.P., también se debe pronunciar acerca de la libertad del implicado, en referencia a la suspensión de la ejecución de la pena de prisión y la prisión domiciliaria.

Según lo expuesto por la Corte Constitucional en la referida sentencia, con la emisión del sentido del fallo pierde vigencia la medida de aseguramiento, lo que gira en torno a la idea de que dicho anuncio forma una unidad inescindible con el texto definitivo de la sentencia.

Si ello es así, ahora es claro que la vigencia de la medida cautelar no puede extenderse más allá del sentido del fallo, concretamente hasta el momento de la lectura de la

¹⁰ El texto definitivo fue publicitado en el mes de diciembre de 2017.

sentencia, porque ello implicaría aceptar que: (i) la medida de aseguramiento puede tener vigencia luego de que se ha emitido la decisión acerca de la responsabilidad penal del procesado, lo que contraviene los fundamentos de la sentencia C-342; (ii) la justificación de la privación de la libertad de las personas condenadas dependerá de si el juez de conocimiento acató lo dispuesto en los artículos 449 y siguientes de la Ley 906 de 2004, de tal suerte que unos continuarían bajo el régimen de detención preventiva y otros bajo las reglas que rigen la pena y los subrogados; y (iii) la libertad por vencimiento del término máximo de la detención preventiva dependería de si el juez de conocimiento se pronunció o no sobre los subrogados, lo que generaría inseguridad jurídica y podría dar lugar a diferencia de trato.

6.3.2. La competencia de los juzgadores de primera y segunda instancia para resolver sobre la prisión domiciliaria para madres o padres cabeza de familia

6.3.2.1. La falta de uniformidad de la jurisprudencia

Debe aceptarse que a lo largo del tiempo han coexistido dos posturas sobre la competencia para resolver sobre la prisión domiciliaria en los términos de la Ley 750 de 2002. La primera, da cuenta de que los juzgadores de instancia solo pueden decidir sobre la modificación de la detención preventiva, toda vez que la decisión acerca de la prisión domiciliaria solo procede cuando el fallo esté ejecutoriado,

por lo que debe ser resuelta por los jueces de ejecución de penas. La segunda, se orienta a que el cambio de sitio de reclusión, para los efectos previstos en la Ley 750 de 2002, puede ser decidido por el juez de conocimiento.

En la decisión CSJAP, 11 dic 2013, Rad. 41.300, la Sala, a la luz de sus propias decisiones, anotó lo siguiente:

Finalmente cuestiona el demandante que a su prohijado no se le haya reconocido, con violación de los artículos 461 y siguientes de la Ley 906 de 2004 y de principios como el debido proceso, igualdad, dignidad y favorabilidad, el sustitutivo de prisión domiciliaria, más un tal reparo deviene igualmente infundado, no sólo porque el asunto no se ventiló en las instancias, en éstas se trató fue la prisión domiciliaria del artículo 38 del Código Penal, sino porque además la competencia para pronunciarse en relación con aquella norma en concordancia con el artículo 314 de la Ley 906 concierne al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, lo cual supone obviamente un fallo debidamente ejecutoriado.

Así por demás lo ha señalado la Corte¹¹:

“... dígase que no existe posibilidad de predicar la aplicación del principio de favorabilidad al enfrentar el artículo 38 del Código Penal, frente al 314 y 461 de la Ley 906 de 2004, pues una y otra norma operan en ámbitos procesales bien distintos y, además, obedecen a fines diversos, lo cual hace imposible afirmar que regulan el mismo hecho. Se dirá, eso sí, que el artículo 314 de la Ley 906 de 2004 regula de manera más favorable aquello que igualmente desarrollan los artículos 357 y 362 de la Ley 600 de 2000, pues ambos se refieren a la detención preventiva. Pero, naturalmente –

¹¹ Auto de septiembre 1º de 2010, Rad. No. 32844

reitera la Corte- el juicio de favorabilidad no puede operar entre normas que no regulan la misma figura.

“Ahora bien, que por vía del artículo 461 del Código de Procedimiento Penal de 2004 el sentenciador haya debido conceder la prisión domiciliaria, toda vez que allí se establece que procede “la sustitución de la ejecución de la pena, previa caución, en los mismos casos de la sustitución de la detención preventiva” es un razonamiento inadmisibile, pues la misma norma precisa con claridad que esa facultad opera no dentro de las instancias o al proferirse los fallos que les ponen fin, sino una vez la sentencia cobre firmeza y ello, en el caso que ocupa la atención de la Sala, aún no tiene lugar.

“... esa facultad está reservada a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia cuando profiere fallos definitivos, mas no a los jueces de primera o segunda instancia, como tampoco a la Corte cuando actúa como Tribunal de Casación.

“... el artículo 461 del Código de Procedimiento Penal, norma última que está supeditada a los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, o lo que es lo mismo, su aplicación es posible jurídicamente cuando la sentencia ha adquirido firmeza, la que no podría pregonarse en esa instancia. Postura que la Corte ya tuvo la oportunidad de precisar:

“..Ahora bien, ese avance en el reconocimiento de la sustitución de la prisión por su homóloga la domiciliaria debe quedar restringido a los fallos que de manera definitiva profiera la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mas no a los emitidos por la primera o la segunda instancia, dado que cuando estos jueces o tribunales emitan sentencia condenatoria y en ese momento constaten cumplida la totalidad de requisitos de las causales regladas por el

artículo 314, lo procedente será la aplicación directa de la causal de sustitución de la medida de aseguramiento, proceder ante el que nunca estará la Corte, si en cuenta se tiene que al emitir esta Corporación una sentencia condenatoria lo será con el carácter de definitiva, bien que sea en única, en segunda instancia o en casación...”.

En sentido contrario, en la decisión CSJSP, 18 ago. 2015, Rad. 45853, dejó sentado que

[e]l sentenciado no era el funcionario facultado para resolver sobre la concesión del beneficio previsto en la Ley 750 de 2002, al no considerarla como una proposición jurídica aislada, pues de ello no corresponde decidir a los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad en sede de vigilancia de la sanción, sino a los Jueces de Conocimiento al proferir sentencia.

En efecto, el sustento normativo de la facultad del Juez encargado de la vigilancia de la condena en punto a la sustitución de la pena privativa de la libertad, en el contexto de la Ley 906 de 2004 y como lo ha sostenido la Corporación en otras oportunidades¹², está establecido en el artículo 461 de esa codificación, de acuerdo con el cual aquél «podrá ordenar..la sustitución de la ejecución de la pena, previa caución, en los mismos casos de la sustitución de la detención preventiva».

Ese texto legal remite entonces al artículo 314 ibídem – cuya aplicación en principio atañe al Juez de Control de Garantías al decidir sobre la sustitución de la medida de aseguramiento privativa de la libertad en lugar de reclusión - que dispone, en cuanto interesa resaltar ahora, que «la detención preventiva en establecimiento carcelario – y por ende la pena privativa de la

¹² CSJ SP, 12 sep. 2012, rad. 32.396. Reiterada en CSJ AP, 11 dic. 2013, rad. 40.384. Igualmente, CSJ AP, 22 oct. 2014, rad. 43.650.

libertad en centro penitenciario, en sede de su ejecución – podrá sustituirse por la del lugar de residencia..cuando la imputada o acusada fuere madre cabeza de familia de hijo o menor o que sufriere incapacidad permanente, siempre y cuando haya estado bajo su cuidado. En ausencia de ella, el padre que haga sus veces tendrá el mismo beneficio».

En contravía de ello, corresponde al Juez de la causa, como lo ha entendido también la Corte¹³, resolver sobre la viabilidad de favorecer al condenado con la prisión domiciliaria en la modalidad consagrada en la Ley 750 de 2002, así como en la prevista en los artículos 38 y siguientes de la Ley 599 de 2000.

6.3.2.2. Unificación de la postura de la Sala

La Sala considera que el juez de conocimiento es competente para decidir sobre la prisión domiciliaria para madres o padres cabeza de familia, cuando la misma sea solicitada, bajo el entendido de que quien lo hace debe asumir las puntuales cargas probatorias y argumentativas consagradas en la Ley 750 de 2002. Lo anterior, por lo siguiente:

Si la medida de aseguramiento pierde sus efectos con la emisión del sentido del fallo, el juez debe resolver sobre la privación de la libertad del procesado en cualquiera de los sentidos regulados en los artículos 449 a 453 de la Ley 906 de 2004, siempre bajo el entendido de que estas decisiones ya no se adoptan a la luz de los parámetros que gobiernan las medidas de aseguramiento, sino de los atinentes a la pena

¹³ CSJ AP, 25 feb. 2015, rad. 44.753.

y su forma de ejecución, tal y como se explicó en los anteriores apartados.

Así, no se requiere que el fallo esté en firme para decidir sobre los subrogados penales. Al margen de si la prisión domiciliaria para madres o padres cabeza de familia puede considerarse o no un subrogado, lo cierto es que, en el plano material, entraña una importante decisión acerca del lugar de ejecución de la pena, que obedece a la ponderación de intereses constitucionalmente relevantes, como se explicó en precedencia.

Además, si la enunciación del sentido del fallo tiene los efectos analizados a lo largo de este proveído, que incluyen la afectación de la libertad así la condena no esté en firme e incluso sin que se conozca el texto definitivo de la sentencia, sería contradictorio decir que desde ese momento es admisible la privación de la libertad **en atención a los fines de la pena y la regulación de los subrogados**, pero que no lo es la decisión atinente al cambio de sitio donde la misma debe ser ejecutada, cuando ello resulte necesario para la protección de personas vulnerables, en los términos de la Ley 750 de 2002.

Asimismo, debe considerarse que el cambio de sitio de reclusión para madres o padres cabeza de familia tiene como principal justificación la protección de los hijos u otras personas desvalidas que estén exclusivamente a cargo del procesado, lo que puede variar en el tiempo, por el

surgimiento de graves enfermedades incapacitantes, el fallecimiento de quienes estaban llamados asumir el cuidado y la manutención de las personas desvalidas, etcétera.

Además de la variabilidad de las situaciones de hecho que pueden justificar el cambio de sitio de reclusión, es notoria la urgencia con que las mismas deben ser resueltas, pues, a manera de ejemplo, el estado de salud puede agravarse en cualquier momento, un parto puede ocurrir antes de lo esperado, o los hijos menores del procesado pueden quedar inesperadamente desprotegidos, lo que hace imperioso que se otorgue pronta respuesta por parte de la Judicatura.

Lo anterior permite comprender el sentido y alcance del artículo 461 de la Ley 906 de 2004, que establece:

Sustitución de la ejecución de la pena. El juez de ejecución de penas y medidas de seguridad podrá ordenar al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario la sustitución de la ejecución de la pena, previa caución, en los mismos casos de la detención preventiva.

En esencia, esta norma podría entenderse en dos sentidos: (i) que la prisión domiciliaria para madres o padres cabeza de familia solo puede otorgarse cuando la condena esté en firme; y (ii) que, al igual que la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria que no depende de esa condición especial, el estudio del cambio de sitio de reclusión para las madres o padres cabeza de familia debe hacerse al momento de la emisión del fallo, cuando hay lugar a ello, sin perjuicio de que el tema también pueda ser

resuelto por el juez de ejecución de penas, cuando la situación sea sobreviniente o, por alguna razón, no haya sido resuelto por el juez de conocimiento.

A la luz de lo expuesto en los párrafos anteriores, la Sala no advierte razones para concluir que los jueces de conocimiento no tienen competencia para decidir sobre la **prisión domiciliaria** para madres o padres cabezas de familia. El argumento de que el fallo aún no está en firme debe ser revaluado, porque bajo esas mismas condiciones debe resolverse sobre la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria de que trata el artículo 38 del Código Penal.

Así las cosas, resulta claro que la habilitación de los jueces de ejecución de penas para alizar la procedencia de la prisión domiciliaria para madres y padres cabeza de familia, prevista en el artículo 461, no implica que la decisión no deba ser tomada por el juez de conocimiento. Lo que regula la norma en mención es la posibilidad de que ese asunto se revise durante la ejecución de la pena, bien porque la circunstancia sobrevenga en ese interregno, o porque ese tema no haya sido ventilado durante el trámite de emisión del fallo.

De esta manera, se reafirma la postura acerca de la vigencia de la medida de aseguramiento (*hasta el sentido del fallo*), y se aclara que, a partir de ese momento, el juez de conocimiento debe decidir sobre la libertad a la luz de los fines de la pena y la reglamentación de los subrogados. En

cuanto a la prisión domiciliaria para madres o padres cabeza de familia, el tema debe ser resuelto por el juez de conocimiento, cuando haya lugar a ello, no como la posible sustitución de la medida de aseguramiento (cuyos efectos se extienden hasta la decisión acerca de la responsabilidad penal), sino bajo los principios de la pena y los parámetros de la Ley 750 de 2002.

Finalmente, la Sala debe advertir que a luz de las decisiones de la Corte Constitucional y de esta Corporación acerca de los fundamentos de la privación de la libertad al momento del sentido del fallo, debe tenerse en cuenta lo siguiente: (i) el juez puede decidir sobre el tema a la luz de los principios que rigen la pena y las reglas atinentes a los subrogados; (ii) para ese momento no se ha realizado la audiencia regulada en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004, orientada a que las partes presenten evidencias y argumentos a *“las condiciones individuales, familiares, sociales, de modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable”*, e incluso *“podrán referirse a la probable determinación de la pena aplicable y de algún subrogado”*; (iii) ello denota que la decisión acerca de la libertad del condenado, tomada al momento del sentido del fallo, eventualmente puede ser variada, cuando en la referida audiencia -447- se presenten evidencias que den lugar a modificar la decisión inicial; (iv) un cambio en ese sentido tendrá que ser suficientemente motivado por el juez, lo que se aviene a la idea de la carga motivacional como garantía para las partes y expresión de la sujeción del juez al estado de derecho; y (v) este tipo de variaciones frente a la forma como se ejecutará la pena no afectan las reglas ya definidas

sobre la inmutabilidad de la decisión expuesta en el sentido del fallo sobre la responsabilidad penal del procesado, porque este tema (la responsabilidad penal) no puede ser discutido de nuevo en la audiencia regulada en el artículo 447.

6.4. Síntesis de las reglas aplicables a este caso

La prisión domiciliaria para madres o padres cabeza de familia está sometida a las siguientes reglas: (i) el sentido del fallo y la lectura del texto definitivo de la sentencia forman una unidad inescindible; (ii) con el anuncio del sentido del fallo cesa la medida de aseguramiento; (iii) para resolver sobre la libertad del condenado, el juez de conocimiento debe tener en cuenta los fines de la pena y la reglamentación de los subrogados; (iv) cuando sea procedente, el juez de conocimiento debe decidir sobre la viabilidad de la prisión domiciliaria cuando se invoque la calidad de madre o padre cabeza de familia; (v) ello no opera como una modificación de la detención preventiva –*que pierde vigencia con el anuncio del sentido del fallo*– sino a partir de la ponderación de los fines de la pena y los derechos de los niños u otras personas “*incapaces o incapacitadas para trabajar*”, que estén exclusivamente a cargo del condenado; (vi) el juez debe tener especial cuidado al constatar los presupuestos fácticos y jurídicos establecidos en la Ley 750 de 2002 para la concesión de ese beneficio; y (vii) si ese tema no fue resuelto por el juez de conocimiento o se presentan circunstancias sobrevinientes que reúnan los requisitos previstos en la referida ley, la decisión acerca de la prisión domiciliaria para

la madre o el padre cabeza de familia le corresponde al juez de ejecución de penas.

6.5. El caso sometido a conocimiento de la Sala

Según lo expuesto en precedencia, en este caso no era dable concluir que el cambio de sitio de reclusión en atención al carácter de padre cabeza de familia invocado por la defensa debe resolverse según las reglas de la detención preventiva.

Una vez emitido el sentido del fallo, y como quiera que la defensa planteó que el procesado tenía el carácter de padre cabeza de familia respecto de su progenitora y su hermano, lo procedente era analizar la viabilidad de modificar el lugar de la ejecución de la pena, a la luz de los requisitos establecidos en la Ley 750 de 2002, como bien lo entendió el Juzgado.

Según esa normatividad, y el respectivo desarrollo jurisprudencial, la defensa estaba facultada para alegar que CUBIDES ACOSTA tenía el carácter de padre cabeza de familia, por estar exclusivamente a cargo de personas incapacitadas para valerse por sí mismas.

En este sentido, parcialmente le asiste la razón al demandante. Igualmente, en este aspecto tiene razón la delegada de la Fiscalía General de la Nación.

Sin embargo, no hay lugar a casar la sentencia, toda vez que el Juzgado, en aplicación de las reglas analizadas en los numerales 6.2.2 y 6.2.4 negó el cambio del sitio de reclusión

por diversas razones, que, incluso aisladamente consideradas, son suficientes para declarar improcedente la solicitud presentada por el defensor de CUBIDES ACOSTA.

En efecto, el juzgador de primer grado resaltó que: (i) el procesado tiene antecedentes penales por el mismo delito; (ii) la reiteración delictiva permite inferir razonablemente que podría atentar contra la sociedad; y (iii) no demostró que su madre y su hermano dependieran exclusivamente de él.

El censor no cuestionó estos aspectos en la demanda. Con antelación, hizo énfasis en que la incapacidad de su progenitora y su hermano para valerse por sí mismos, pero no suministró pruebas concluyentes de que estos dependen exclusivamente del procesado. Lo anterior, sin perjuicio de las otras dos razones expuestas por el Juzgado, cada una de ellas suficientes para negar esa solicitud.

Finalmente, se tiene que el impugnante planteó extemporáneamente que el procesado tiene a cargo a sus hijos. El hecho de que haya ventilado por primera vez esa proposición al sustentar la apelación y la casación son razones suficientes para desestimarla, pues el tema debió ser presentado ante el juez de primera instancia.

Lo anterior sin perder de vista lo expuesto por la representante del Ministerio Público en el sentido de que no se avizora que el procesado esté exclusivamente a cargo de sus hijos, pues la madre de estos también tiene la obligación de velar por su manutención y cuidado. Este aspecto en

particular ha sido objeto de desarrollo jurisprudencial, entre otras, en la sentencia SU-388 de 2005, que fue invocada por el demandante para sustentar su pretensión. En esa oportunidad, la Corte Constitucional dejó sentado que

[n]o toda mujer¹⁴ 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 o, como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar.

Así pues, la mera circunstancia del desempleo y la vacancia temporal de la pareja, o su ausencia transitoria, por prolongada y desafortunada que resulte, no constituyen elementos a partir de los cuales pueda predicarse que una madre tiene la responsabilidad exclusiva del hogar en su condición de madre cabeza de familia.

Además, no puede perderse de vista que el trabajo doméstico, con independencia de quién lo realiza, constituye un valioso apoyo para la familia a tal punto que debe ser tenido en cuenta como aporte social.¹⁵ En esa medida, dado que existen otras formas de colaboración en el hogar, la ausencia de un ingreso económico fijo para una persona no

¹⁴ Por las razones expuestas a lo largo de este fallo de casación, estos argumentos son enteramente predicables del hombre que alegue la calidad de padre cabeza de familia.

¹⁵ Cfr. Sentencia T-494 de 1992, MP. Ciro Angarita Barón.

puede ser utilizada por su pareja para reclamar la condición de cabeza de familia.

Por lo expuesto, no se casará el fallo impugnado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

No casar el fallo impugnado.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

EYDER PATIÑO CABRERA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria