

TEMA: PRISIÓN DOMICILIARIA - El acusado no cumple con los requisitos legales de padre cabeza de familia ni de padre de crianza (Ley 82/93, Ley 1232/08, Ley 2288/24), pues el menor no está en estado de abandono, pues vive con abuelos y tía que pueden asumir su cuidado. La concesión de prisión domiciliaria no puede usarse como estrategia para eludir la pena./

HECHOS: El acusado fue capturado en flagrancia el 12 de febrero de 2024 portando un arma de fuego sin permiso. Se celebró un preacuerdo con la Fiscalía, reconociendo la ficción jurídica de la complicidad, y se pactó una pena de 68 meses de prisión. En primera instancia, el juez concedió prisión domiciliaria por considerar al acusado como padre cabeza de familia respecto a su sobrino de 2 años, a quien cuida como hijo de crianza. La censura gravita en torno al siguiente tema: ¿El procesado cumple con los requisitos para el otorgamiento de la prisión domiciliaria por la condición de padre cabeza de familia? ¿Cumple legalmente con la figura de padre de crianza o hijo de crianza?

TESIS: (...)el prerrequisito básico para considerar la aplicación del mecanismo alternativo pretextado con base en la presunta condición de padre cabeza de familia, o de jefe del hogar, consiste en su previa y eficaz acreditación. (...) el concepto de lo que debe entenderse como mujer cabeza de familia es desarrollado por la Ley 82 de 1993 señalando el legislador: "Artículo 2o. Para los efectos de la presente ley, entiéndase por "Mujer Cabeza de Familia", quien, siendo soltera o casada, tenga bajo su cargo, 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." Normativa a su vez modificada por el artículo 1º de la Ley 1232 de 2008 de la siguiente manera: "Artículo 1o. El artículo 2o de la Ley 82 de 1993 quedará así: 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." Ahora, sobre los elementos que integran el concepto de madre cabeza de familia, resulta imprescindible recordar lo dicho por la Corte Constitucional en sentencia SU-388 de 2005: "(...) (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 solo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquella 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." (...) En el mismo sentido, en la Sentencia con radicado 35.943 del 22 de junio de 2011 la Corte Suprema de Justicia expuso que el aspirante a esta clase de mecanismo sustitutivo de la prisión en centro penitenciario debe cumplir a cabalidad con los supuestos, bien sea de la ley 750 de 2002, como los del artículo 38 del C. Penal. Modificado por el artículo 22 de la ley 1709 de 2014.(...) Como lo enseña la normatividad transcrita y la jurisprudencia vista, al examinar el artículo 2º de la Ley 82 de 1993. Modificado por el artículo 1º de la Ley 1232 de 2008, se tiene entonces que para adquirir la protección reconocida en principio a la mujer cabeza de familia y que se ha hecho extensiva al padre cabeza de familia, se requiere no sólo tener a cargo al hijo menor en forma permanente, o a otro integrante de la familia que no pueda valerse por sí o trabajar; también la ausencia continua o la incapacidad de diverso tipo del otro cónyuge o compañero permanente, y estar privado de la: "ayuda de los demás miembros del núcleo familiar"; que subsista lo que la

jurisprudencia denomina insuficiencia substancial; o de otra forma dicho, ausencia, para el caso que nos convoca, de un núcleo familiar extenso que pueda asumir la tarea de protección de las personas a cargo del sentenciado que por sus especiales condiciones no pueden velar por su propia subsistencia y cuidado.(...) Igualmente, recogiendo el criterio según el cual bastaba con la demostración de la condición de madre o padre cabeza de familia para el reconocimiento del sustituto bajo escrutinio, la jurisprudencia especializada trazó una línea según la cual para la concesión del mecanismo alternativo de la prisión domiciliaria, aún a madres o padres cabeza de familia, se requiere del análisis de otros aspectos diferentes a la acreditación de la calidad de persona cabeza de hogar(...)En términos más generales, en criterio del alto tribunal se precisa valorar, además de la condición de cabeza de familia, los antecedentes del procesado y la naturaleza de la conducta reprochada.(...) en cuanto al artículo 38B del Código Penal, relativo a los requisitos para conceder la prisión domiciliaria, no se cumple con el primer requisito objetivo, dado que el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones por el cual fue condenado conlleva una pena mínima de 9 años. (...)Ahora, para determinar si se cumplen los requisitos establecidos, la funcionaria de primer grado consideró el informe de visita domiciliaria y trabajo social (...) En este informe se determinó que el núcleo familiar es de tipo extenso, formado por abuelos, primos, tíos y otros parientes consanguíneos o afines. Anticipadamente, aunque el procesado determine al menor como su hijo de crianza, legalmente no reúne tales condiciones, según lo expuesto en los artículos 2 y 3 de la Ley 2288 de 2024.(...) El informe de la visita sociofamiliar proporcionó suficiente evidencia de que el menor I.A.R., quien reside en el hogar del procesado, no se encuentra en situación de abandono ni desprotección. El menor está rodeado de parientes cercanos que pueden velar por su sustento y protección.(...) Asimismo, la Sala debe reiterar que, tal como lo establece la Corte Constitucional, los titulares del derecho a la prisión domiciliaria deben realmente merecerlo, con el fin de evitar que se utilicen artimañas para acceder a este mecanismo y eludir los rigores inherentes al descuento de la pena en un centro de reclusión.(...) De este modo, se reitera que la prisión domiciliaria, concedida en virtud de la condición de jefe de hogar, no puede convertirse en una medida manipulada estratégicamente en beneficio del padre o madre condenado.(...) Finalmente, en cuanto a la solicitud de considerar como pena cumplida el período comprendido entre el 12 de febrero de 2024 y el 31 de mayo de 2024, dado que el procesado fue capturado el 31 de mayo de 2024 por fuga de presos, violencia contra servidor público, daño en bien ajeno y obstrucción a la función pública(...)limitando el análisis de la solicitud a los elementos probatorios allegados, no se cuentan con los elementos necesarios mediante los cuales se pueda tomar una determinación diferente a la que adoptó el juez a quo, quien reconoció el tiempo de descuento del procesado: "Se le tendrá como parte cumplida de la pena el tiempo que lleva en detención preventiva por razón de esta actuación"(...)

MP: CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO

FECHA: 10/03/2025

PROVIDENCIA: SENTENCIA



SALA PENAL

Medellín, diez (10) de marzo de dos mil veinticinco (2025)

Aprobado en la fecha, Acta No.	040.
Sentencia No	013.
Procedencia:	Juez Sexto Penal del Circuito de Medellín con funciones de conocimiento
Radicado:	0500160002062024-03794-01
Delito:	Fabricación, Tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.
Acusado:	Emerson Alexander Álzate Aricapa.
Magistrado Ponente:	César Augusto Rengifo Cuello.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la delegada fiscal contra la sentencia proferida, mediante preacuerdo, por la Juez Sexto Penal del Circuito de Medellín con funciones de conocimiento, el 5 de febrero de 2025, en relación con el acusado, quien fue señalado como responsable del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones. La inconformidad se centra en la concesión de la prisión domiciliaria al acusado, en calidad de padre cabeza de familia.

HECHOS.

Los hechos objeto de investigación fueron consignados en el escrito de acusación y resumidos como sigue:

“(...) El día 12 de febrero de 2024, sobre las 03.30 horas aproximadamente, en vía pública, en la calle 92 A con carrera 58AA sector de blanquizal en Medellín, Emerson Alexander Álzate Aricapa, portaba, sin permiso de autoridad competente, un arma de fuego de defensa personal, tipo revolver, CALIBRE 0.38 pulgadas, número de serie IM5927AC, sin aditamentos especiales, en buen estado de funcionamiento y apto para producir el fenómeno del disparo; Con el arma tenía 5 cartuchos, CALIBRE .38 clase común tipo revolver, en buen estado de conservación y aptos para ser usados en el arma que portaba. El ciudadano Emerson Alexander Álzate Aricapa, caminaba en vía pública con el arma en la mano. EL Ciudadano

Emerson Alexander Álzate Aricapa no registra antecedentes penales”.

ACTUACIÓN PROCESAL.

1. En las audiencias preliminares concentradas celebradas el 13 de febrero de 2024, ante el Juez 15 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín, se legalizó la captura de Emerson Alexander Álzate Aricapa, imputándole el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones (artículo 365 del C.P.), en calidad de autor, bajo el verbo “portar”, sin allanamiento a los cargos y con imposición de medida de aseguramiento privativa de libertad consistente en detención preventiva en el lugar de residencia.
2. El 10 de abril de 2024, la Fiscal 33 Seccional radicó en el Centro de Servicios Judiciales de Medellín un escrito de acusación, que fue asignado por reparto al Juez Sexto Penal del Circuito de Medellín con Funciones de Conocimiento.
3. Asignada la actuación al Juez Sexto Penal del Circuito de Medellín con Funciones de Conocimiento, se llevó a cabo la audiencia de acusación el 20 de mayo de 2024.
4. Posteriormente, se realizó la audiencia preparatoria el 11 de septiembre de 2024, y antes de la instalación de la audiencia de juicio oral, el 24 de septiembre de 2024, la Fiscalía manifestó que había suscrito un preacuerdo con el procesado, bajo los términos de reconocer la ficción jurídica de la complicidad, fijando una pena de sesenta y ocho (68) meses de prisión. Se verificó que la aceptación de cargos por parte del señor Emerson Alexander Álzate Aricapa fuera libre, consciente, voluntaria y debidamente asesorado por su apoderado. Se aprobó el acuerdo celebrado por las partes y se procedió a suspender la diligencia para que la defensa realizara actos de investigación con el fin de sustentar la audiencia de individualización de la pena y sentencia.

5. En este caso, la a quo declaró penalmente responsable al señor Emerson Alexander Álzate Aricapa por la comisión del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, según el artículo 365 del Código Penal. Le impuso una pena principal, producto de un acuerdo celebrado, de sesenta y ocho (68) meses de prisión. Como pena accesoria, se le impuso la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal, es decir, por 68 meses, así como la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de fuego por un término de 42 meses. En cuanto a los subrogados, se le otorgó la prisión domiciliaria debido a su condición de padre cabeza de familia, con prestación de caución juratoria y suscripción del acta de compromiso de las obligaciones establecidas en el artículo 38B, numeral 4, del Código Penal. Por último, se le computó como parte cumplida de la pena el tiempo que ha permanecido en detención preventiva debido a esta actuación.

6. El 20 de noviembre de 2024, la defensa solicitó nuevamente el aplazamiento de la diligencia con el fin de solicitar el subrogado y, para tal efecto, allegar un estudio sociofamiliar del procesado, el cual no ha sido entregado por la psicóloga encargada de este informe.

De manera oficiosa, la a quo, conforme a lo establecido en el inciso 2 del artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, dispuso ordenar a la Defensoría de Familia o Comisaría de Familia con competencia territorial en la residencia del procesado que realizara una visita sociofamiliar a la vivienda del procesado y estableciera la condición de posible padre cabeza de familia respecto al menor I.Á.R. Asimismo, se verificará la situación de protección de los derechos de este menor, para lo cual se concedió un término de cinco (5) días para realizar la visita.

7. El 13 de diciembre de 2024, se instaló la audiencia de individualización de la pena, tomando la palabra la delegada fiscal,

quien manifestó la existencia de prohibiciones en la concesión de subrogados penales, es decir, la suspensión condicional de la ejecución de la pena, conforme al artículo 63 del Código Penal, debido a la cuantía de la pena y la prisión domiciliaria, ya que la pena para este delito es de 9 años de prisión.

Seguidamente, se informó que la pena a considerar en este caso sería la cumplida a partir del 12 de febrero de 2024, solicitando al despacho que se fuera estricto en los descuentos a realizar, dado que el 9 de julio de 2024 el procesado fue visitado por el INPEC y no se encontraba en la dirección donde había indicado que cumpliría la detención domiciliaria impuesta por un juzgado de garantías. En esa fecha, no se encontraba en su residencia, sin que se hubiera conocido el motivo de su ausencia del domicilio.

El 31 de mayo de 2024, el procesado fue capturado en flagrancia por la Policía Nacional, bajo el SPOA 0500160002062024-31644, por los delitos de fuga de presos, violencia contra servidor público y daño en bien ajeno.

Por tal motivo, la delegada fiscal solicitó que se considere como pena cumplida el periodo comprendido entre el 12 de febrero de 2024 y el 31 de mayo de 2024, ya que el procesado fue capturado el 31 de mayo de 2024 por fuga de presos. Este tiempo, que suma un total de 108 días, debe ser descontado de los 2.040 días de la pena pactada (68 meses), lo que deja un saldo de 1.932 días por cumplir de condena.

Según el informe que fue trasladado por el juzgado, se indicó que el señor Álzate Aricapa no está inmerso en las causales de padre cabeza de hogar, incluyendo la extensión que se le podría hacer al núcleo familiar. Tiene otros parientes cercanos que tendrían la obligación de cumplir con esa carga y cuidado del menor.

8. Por su parte, la defensa del procesado manifestó que no conoce el informe mencionado por la fiscalía del 9 de julio de 2024, emitido por el INPEC, por lo cual no le ve fundamento ni sustento para que no se tenga en cuenta el tiempo de descuento desde el 12 de febrero hasta la fecha de la sentencia.

Según el informe de visita sociofamiliar realizado el 28 de noviembre de 2024, se establecía que el procesado labora desde su casa, mientras que su padre comercializa en el centro de Medellín, por lo que obtienen ingresos de \$800.000 como sustento para su familia. Cuentan con un subsidio de la Alcaldía de Medellín y están en estrato socioeconómico número 1. Es una familia que ha padecido y padece deficiencias económicas. Está compuesta por los padres del procesado, una hermana de este y el menor Ian, hijo de crianza y sobrino del acusado.

Frente al informe, resaltó el factor de riesgo, ya que el menor realiza todas las actividades junto al procesado, lo que confirma el rol de padre cabeza de familia.

Por otro lado, no es un delito que tenga prohibición expresa en el artículo 68A del Código Penal y se cumplen con los requisitos de la Ley 750 de 2002 y las sentencias SU-388 de 2005 y C-184 de 2003.

Respecto al primer requisito, "que se tenga a cargo hijos menores u otras personas incapaces de trabajar", el informe sociofamiliar realizado por la Comisaría de Familia dejó clara la ausencia de los padres del menor y que, aunque el procesado no tenga una obligación legal con el menor porque es el tío, es quien se hace cargo de él y le brinda el afecto necesario para su óptimo crecimiento y desarrollo.

En cuanto al segundo requisito, "la responsabilidad debe ser permanente", manifestó el defensor que se debe retomar el informe que da cuenta de que el padre del menor es consumidor de

estupefacientes y habitante de calle, por lo cual no tiene la vocación ni la capacidad para asumir los cuidados del menor de manera adecuada para su crecimiento. Respecto a la madre, se tiene información de que es trabajadora sexual; no se dispone de más información, ya que no se ha hecho responsable de su hijo, por lo que esa permanencia recae en el procesado.

Por otro lado, el tercer requisito, "se tiene que no solo la ausencia permanente y abandono del hogar por la pareja, sino que aquella se sustraiga de sus obligaciones como padre y/o madre", se cumple con el informe, debido a que el padre es habitante de calle y la madre es trabajadora sexual, con ninguno de los cuales se tiene contacto.

El cuarto requisito, "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, psíquica o mental, o, como es obvio, la muerte", no cuenta con elucidación alguna por parte de la defensa.

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". En este caso, si bien en el informe quedó plasmado que la familia del menor es extensa, es decir, los padres y la tía del menor Ian, se debe señalar que la abuela es ama de casa, no labora y ayuda al procesado con los asuntos del menor. La tía del menor y hermana del acusado también es ama de casa y duerme con el menor, pues la reseña fotográfica contenida en el informe demostró que el lugar donde duerme el procesado no es un espacio apto para que el menor descanse.

Concluyó que, con la ausencia del procesado, se estaría poniendo en riesgo no solo la salud emocional y mental del menor, sino también la fuente de ingresos, toda vez que la familia se sostiene con la venta

de almohadas, pues el procesado fabrica las almohadas y el padre las vende.

Se solicitó realizar una interpretación extensiva y constitucional del artículo 38B del Código Penal. Si bien no se cumple con el primer requisito, ya que la pena mínima prevista en la ley es de ocho (8) años de prisión o menos, en este caso son 9 años, sin embargo, reiteró su solicitud de interpretación constitucional para garantizar los derechos del menor.

Agregó que, con esta solicitud, se busca proteger los derechos del menor a tener una familia y evitar que se revictimice con la ausencia de figuras paternas, como ocurre con la ausencia de su padre.

DE LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

Agotado el respectivo control de legalidad de la actuación, una vez verificada la existencia de un mínimo de prueba para condenar y aprobados los términos del preacuerdo logrado entre las partes, y lo que hace a la manifestación de voluntad del procesado libre de todo vicio y apremio, para lo que nos interesa, la funcionaria analizó los requisitos que desde el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia se exigen en orden a conceder la posibilidad de que trata el artículo 1 de la ley 750 de 2002 y las leyes 82 de 1993 y 1232 de 2008, esto es, la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia, alegada en esta oportunidad por la defensa del justiciable.

Consideró la a quo que el procesado ostenta la condición de cabeza de familia respecto al niño I.A.R., al cumplirse los requisitos establecidos en la Ley 82 de 1993. Dado que se demostró que el sentenciado ha estado a cargo del niño desde su nacimiento, mantiene una relación fraternal con él y desempeña roles clave en su hogar para garantizar la protección y bienestar del menor.

Por otro lado, indicó que, según el informe de visita sociofamiliar, se infiere que el procesado cumple un rol afectivo permanente, brindando apoyo tanto individual como social al menor, quien, a pesar de no ser su hijo biológico, ha recibido su cuidado y protección.

Añadió que, a pesar de haber sido impuesta una medida preventiva privativa de su libertad en su domicilio, logró cubrir las necesidades básicas del menor, como vivienda, alimentación y vestido, a través del comercio de almohadas.

Valoró el compromiso del procesado con el menor, ya que, al momento de la visita, se observaron buenas condiciones de aseo y salubridad. Además, se constató que el niño tiene sus vacunas al día y no se hallaron signos de desnutrición ni de negligencia.

En relación con la carencia de ayuda sustancial de otros miembros del grupo familiar, se indicó que el informe es claro en señalar que, aunque en la vivienda residen otras personas, el menor identifica al procesado como "papá". En consecuencia, se concluyó que la privación de libertad del señor Álzate Aricapa en la actualidad pone en grave riesgo los derechos fundamentales del niño I.A.R., como su salud, alimentación y recreación, especialmente considerando que no cuenta con una figura materna permanente.

Finalmente, respecto a la oposición presentada por la delegada de la Fiscalía sobre la concesión de la prisión domiciliaria, basada en la existencia de una investigación en curso contra el señor Emerson Alexander Álzate Aricapa por presuntos hechos de violencia contra servidor público, fuga de presos y daño en bien ajeno, se concluyó que dichos hechos no constituyen antecedentes penales. En consecuencia, según la prohibición expresa establecida en el artículo 1 de la Ley 750 de 2002, esto no impediría la concesión de este mecanismo sustitutivo.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

La delegada fiscal señaló que el a quo concedió la figura de "padre cabeza de hogar" al procesado en relación con su sobrino de dos años, sin tener en cuenta que el procesado no tiene hijos. Esta decisión contraviene lo establecido por las leyes 82 de 1993 y 1232 de 2008, que definen la figura de cabeza de familia para aquellas personas que tienen bajo su cuidado a hijos menores o, en su defecto, a padres, cuando no exista dentro del núcleo familiar otra persona capaz de asumir la responsabilidad de los menores.

Argumentó que la familia del menor trabaja y tiene ingresos familiares. El abuelo paterno del menor, quien es comerciante, también reside en la misma vivienda, por lo que la fiscalía no comprende la justificación para otorgar la figura de "padre cabeza de hogar" al procesado.

En un segundo aspecto de inconformidad relacionado con el reconocimiento del descuento como parte cumplida de la pena por el tiempo que el procesado ha permanecido privado de la libertad debido a este proceso, la Fiscalía presentó el informe de captura, con plena identificación, que acreditó que el procesado fue capturado el 31 de mayo de 2024, cuando debería haber estado cumpliendo prisión domiciliaria, por los delitos de fuga de presos, violencia contra servidor público y daño en bien ajeno.

Añadió que, contrariamente al argumento del a quo, quien sostuvo que, a pesar de ser un hecho grave, no podía considerarse como antecedente, la solicitud de la Fiscalía estaba dirigida a que se le reconozca como pena cumplida el periodo comprendido entre su captura del 12 de febrero de 2024 y la captura posterior del 31 de mayo de 2024, debido a la violación de su detención domiciliaria.

Solicitó que se revoque la concesión de la prisión domiciliaria otorgada en primera instancia. Además, pidió que se reconozca como pena

cumplida únicamente el tiempo que el procesado estuvo bajo la medida domiciliaria, es decir, que se descuenten 110 días como parte de la pena cumplida.

Por su parte los sujetos procesales no recurrentes guardaron silencio.

CONSIDERACIONES EN ORDEN A PROVEER

La competencia de la Sala se restringe en esta oportunidad, en atención al factor funcional y de acuerdo con lo señalado en los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906 de 2004, a decidir sobre los pedimentos elevados por la recurrente, y aquellos aspectos que sean inescindibles al tema objeto de impugnación, así mismo, los atinentes a la garantía de los derechos fundamentales de las partes y demás sujetos procesales.

Huelga señalar además que en la presente actuación observa la Corporación que concurren los presupuestos procesales y materiales para emitir pronunciamiento de fondo, sin que se avizore la presencia de irregularidades que puedan afectar la validez de lo actuado.

Bajo este panorama cabe precisar que tras escuchar la exposición de los motivos por los que la impugnante sustenta el recurso de apelación es evidente que la censura gravita en torno al siguiente tema:

¿El procesado cumple con los requisitos para el otorgamiento de la prisión domiciliaria por la condición de padre cabeza de familia? ¿Cumple legalmente con la figura de padre de crianza o hijo de crianza?

Al respecto vale iniciar el análisis de fondo de la cuestión problemática así planteada indicando que el prerrequisito básico para considerar la aplicación del mecanismo alternativo pretextado con base en la presunta condición de padre cabeza de familia, o de jefe del hogar, consiste en su previa y eficaz acreditación.

El siguiente es el marco legal y jurisprudencial que a nivel interno resulta relevante en la materia.

Artículo 1º de la Ley 750 de 2002, el cual señaló:

“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 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.”

A su vez, el concepto de lo que debe entenderse como mujer cabeza de familia es desarrollado por la Ley 82 de 1993 señalando el legislador:

“Artículo 2o. Para los efectos de la presente ley, entiéndase por "Mujer Cabeza de Familia", quien, siendo soltera o casada, tenga bajo su cargo, 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.**”

Normativa a su vez modificada por el artículo 1º de la Ley 1232 de 2008 de la siguiente manera:

“Artículo 1o. El artículo 2o de la Ley 82 de 1993 quedará así:

Artículo 2o. 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, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.”

Ahora, sobre los elementos que integran el concepto de **madre cabeza de familia**, resulta imprescindible recordar lo dicho por la Corte Constitucional en sentencia SU-388 de 2005:

“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 solo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquella 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”.

Es decir, que para alegar que se es madre o padre cabeza de familia, conforme a lo establecido en la ley 82/93 modificada por la ley 1232 de 2008, es menester probar que:

- a) Se tiene bajo su cargo, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios ya sea por ausencia

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

- b) Se tiene bajo su cargo, económica o socialmente, en forma permanente, otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.

En el mismo sentido, en la Sentencia con radicado 35.943 del 22 de junio de 2011 la Corte Suprema de Justicia expuso que el aspirante a esta clase de mecanismo sustitutivo de la prisión en centro penitenciario debe cumplir a cabalidad con los supuestos, bien sea de la ley 750 de 2002, como los del artículo 38 del C. Penal. Modificado por el artículo 22 de la ley 1709 de 2014.

Como lo enseña la normatividad transcrita y la jurisprudencia vista, al examinar el artículo 2º de la Ley 82 de 1993. Modificado por el artículo 1º de la Ley 1232 de 2008, se tiene entonces que para adquirir la protección reconocida en principio a la mujer cabeza de familia y que se ha hecho extensiva al padre cabeza de familia, se requiere no sólo tener a cargo al hijo menor en forma permanente, **o a otro integrante de la familia que no pueda valerse por sí o trabajar;** también la ausencia continua o la incapacidad de diverso tipo del otro cónyuge o compañero permanente, y estar privado de la: “ayuda de los demás miembros del núcleo familiar”; que subsista lo que la jurisprudencia denomina **insuficiencia sustancial**; o de otra forma dicho, ausencia, para el caso que nos convoca, **de un núcleo familiar extenso que pueda asumir la tarea de protección de las personas a cargo del sentenciado que por sus especiales condiciones no pueden velar por su propia subsistencia y cuidado.**

Es decir, que el estado de abandono o absoluta desprotección es una situación fáctica que, por sus inminentes consecuencias negativas para dichos sujetos de especial protección constitucional, tal como se

reseña en la Ley 82 de 1993, debe estar presente y demostrada para efectos de aquilatar la condición de padre o madre cabeza de familia, que se requiere como necesaria e ineludible con miras a acceder al mecanismo alternativo de la prisión domiciliaria por padre cabeza de familia.

Igualmente, recogiendo el criterio según el cual bastaba con la demostración de la condición de madre o padre cabeza de familia para el reconocimiento del sustituto bajo escrutinio, la jurisprudencia especializada trazó una línea según la cual para la concesión del mecanismo alternativo de la prisión domiciliaria, aún a madres o padres cabeza de familia, se requiere del análisis de otros aspectos diferentes a la acreditación de la calidad de persona cabeza de hogar, reflexionando el alto tribunal como sigue: "Sin embargo, invocando la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como de esta Corporación, además se precisó que los derechos de los menores no son absolutos, de modo que para otorgar del instituto de la prisión domiciliaria es necesario evaluar otro tipo de factores, como el subjetivo." (CSJ, SP AP del 20 de nov. 2013, Rad. 42385.)

En términos más generales, en criterio del alto tribunal se precisa valorar, además de la condición de cabeza de familia, los antecedentes del procesado y la naturaleza de la conducta reprochada. Veamos:

"Sin embargo, en punto de la recurrente reclamación consignada en la demanda, es del caso recordar que tratándose del instituto de la prisión domiciliaria por la condición de cabeza de familia, tiene dicho la Corte que no basta con la acreditación de esa calidad personal, haciéndose necesaria la valoración de los antecedentes del interesado y la naturaleza de la conducta objeto de condena, en tanto el juez se encuentra obligado a ponderar las razones concernientes al interés superior del menor frente a las atinentes con los fines de la ejecución de la pena, en aras de determinar si el mayor peso abstracto de uno de los principios en pugna se impone sobre el otro.

Al respecto, debe aclararse que esta Corporación sobre dicho asunto ha precisado:

Sea del caso señalar que, como lo reconoció la Sala en CSJ SP, 9 agosto. 2015, rad. 45853, la comprensión jurisprudencial de las condiciones para acceder a la prisión domiciliaria (y también a la detención domiciliaria, se añade) ha variado en el tiempo. Así en CSJ SP, 26 jun. 2008, rad. 22.453, decisión reiterada en CSJ SP, 3 jun. 2009, la Corte consideró suficiente, a partir de la interpretación sistemática de lo dispuesto en la Ley 750 de 2002 y en los artículos 314 y 461 de la Ley 906 de 2004, la acreditación de la condición de padre o madre cabeza de familia, sin necesidad de valorar los antecedentes del interesado ni la naturaleza del delito objeto de condena.

La Sala, sin embargo, recogió ese criterio en CSJ SP, 22 jun. 2011, rad. 35943, pronunciamiento en el cual sostuvo que el otorgamiento de la figura sólo procede ante la satisfacción concurrente de todas las condiciones previstas en la Ley 750 de 2002, a saber: **i) que el condenado, hombre o mujer, tenga la condición de padre o madre cabeza de familia;** ii) que su desempeño personal, laboral, familiar y social permita inferir que no pondrá en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo; iii) que la condena no haya sido proferida por alguno de los delitos allí referidos y; iv) que la persona no tenga antecedentes penales.”¹

CASO CONCRETO.

En primer lugar, la Sala debe señalar que el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones no se encuentra dentro del catálogo de prohibiciones o exclusiones del artículo 68 A del Código Penal. No obstante, en cuanto al artículo 38B del Código Penal, relativo a los requisitos para conceder la prisión domiciliaria, no se cumple con el primer requisito objetivo, dado que el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones por el cual fue condenado conlleva una pena mínima de 9 años. Según este artículo, la sentencia debe imponerse por una conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos, recordando que,

¹ CSJ, SP. Auto del 24 de mayo del 2018, Rad. AP2116-2018, 46936, M. P. Patricia Salazar Cuéllar.

dentro del acuerdo celebrado, se le reconoció una ficción jurídica por motivos punitivos, por lo cual fue condenado a sesenta y ocho (68) meses.

Ahora, para determinar si se cumplen los requisitos establecidos, la funcionaria de primer grado consideró el informe de visita domiciliaria y trabajo social realizado por Yeison Chala Posada, Profesional Universitario de la Secretaría de Seguridad y Convivencia de la Alcaldía de Medellín. Este informe fue solicitado mediante auto comisorio de la Comisaría de Familia Siete de Robledo, con el fin de verificar las condiciones del hogar donde reside el procesado, junto con su sobrino de dos (2) años, a quien el procesado designa como "hijo de crianza"². En este informe se determinó que el **núcleo familiar es de tipo extenso, formado por abuelos, primos, tíos y otros parientes consanguíneos o afines**³.

Anticipadamente, aunque el procesado determine al menor como su hijo de crianza, legalmente no reúne tales condiciones, según lo expuesto en los artículos 2 y 3 de la Ley 2288 de 2024.

Por otro lado, se extrae del informe referido lo siguiente en la dinámica familiar:

"(...) El comportamiento del niño Ian Álzate Rojas es bueno, es avispado, nos adora, nos quiere mucho, es alegre, es conversón, es inteligente, es aliviado. El niño se encuentra bien de salud, cuenta con todas las vacunas y con el control de crecimiento y desarrollo, en estos días ha tenido gripa sin pasar

² Ley 2288 de 26 de julio de 2024.

Artículo 2 definiciones:

-Familia de Crianza: Aquella en la cual han surgido de hecho, y por causa de la convivencia continua, estrechos de lazos de amor, afecto, apoyo, solidaridad, respeto, auxilio y ayuda mutua entre sus integrantes propios de la relación, durante un periodo o tiempo no menor a cinco (5) años.

-Hijo (a) de Crianza: Persona que ha sido acogido para su cuidado, protección y educación durante un periodo de tiempo no menor a cinco (5) años, por una familia o persona diferente a la de sus padres biológicos; sean estas familias consanguíneas o no.

-Padre o madre de crianza: Persona(s) que de forma voluntaria y en virtud de lazos afectivos y emotivos han acogido dentro de su núcleo familiar a un menor del cual no son sus progenitores, pero que pueden tener o no una filiación biológica, y se encargan de su protección y cuidado como uno más de sus hijos durante un periodo de tiempo no menor a cinco (5) años.

Artículo 3: Procedimiento. La declaración del reconocimiento como hijo de crianza se tramitará ante el juez de familia o notario del domicilio del que pretende reconocer como hijo de crianza por el procedimiento de la jurisdicción voluntaria establecido en el libro III, sección IV del código general del Proceso. Este reconocimiento se podrá realizar igualmente por medio de escritura pública cumpliendo los medios probatorios establecidos en el artículo 5 de la presente ley, deberá intermediar un curador ad litem si dentro del trámite alguna de las partes tiene alguna limitación en su capacidad con el fin de proteger y garantizar los derechos de la persona.

³ 045InformeVisitaSocioFamiliarMenor folio 5.

a mayores, no se tuvo la necesidad de llevarlo al centro hospitalario. El niño Ian Álzate Rojas come bien y se come toda la comida, es de buen comer. Al niño se le da la comida en la boca. El niño duerme con mi hermana Sheri Ashley Álzate Aricapa en la misma cama, él duerme durante toda su noche, hasta el momento nunca se ha levantado llorando o con pesadillas. **Al niño lo baña y lo viste mi madre y entre ella y yo lo cuidamos. Mi madre es quien prepara la comida.** El niño en sus tiempos libre lo llevamos a parques, lo llevamos a comer helados, ver televisión y jugar.

Desde que el niño nació me he hecho responsable de la vida integral del niño, soy quien lo cuida y le compro todo lo que el necesita e incluso me llama o me identifica como su padre. Me he encariñado mucho con el niño como que fue mi propio hijo. Me he dedicado a darle mucho cariño, amor y sobre toda educación e indicándole como debe de comportarse. **Soy quien le compra la ropa, su leche, las meriendas, es decir; soy quien ha estado al pendiente del niño.** Al llegar a casa o salir de mi habitación el niño al observarme sale corriendo y me abraza, me da muchos picos y me dice; (que me quiere mucho), soy feliz con mi niño, ya que desde que nació está a mi lado. El niño es mi razón de ser, lo amo con todo mi corazón, no puedo comprar algo para mí sin comprarle al niño. Sea apegado a mi lado por el amor que le brindo”.

Por otro lado, los factores de riesgo determinados en el informe:

- **“(…) El señor Emerson Álzate Aricapa se encuentre en proceso judicial siendo un factor de riesgo para el niño, ya que lo observa como referente paterno, además, sus actividades las realiza en compañía del mismo.**
- Al no estar en casa el señor Emerson Álzate Aricapa, el niño puede afectarse emocionalmente al no tener al señor a su lado como suele ser.
- Que los padres biológicos del menor, sean consumidores de sustancias psicoactivas y no cumplen con su rol paternal.
- El padre del menor, se encuentre en condición de habitante de calle.

Aplicados los criterios previamente expuestos al caso concreto de Emerson Alexander Álzate Aricapa, se concluye que:

(i) El informe de la visita sociofamiliar proporcionó suficiente evidencia de que el menor I.A.R., quien reside en el hogar del procesado, no se encuentra en situación de abandono ni desprotección. El menor está rodeado de parientes cercanos que pueden velar por su sustento y protección.

(ii) El abuelo paterno, de 45 años, es un comerciante de almohadas y vendedor ambulante en el centro de la ciudad de Medellín.

(iii) La abuela paterna, de 45 años, es ama de casa, al igual que la tía del menor, Sherli Ashley Álzate Aricapa, de 21 años, cuya ocupación también es ama de casa. Por lo tanto, estos familiares pueden velar por el sostenimiento, la compañía y los cuidados que el menor I.A.R. de dos (2) años requiere.

(iv) No se acreditó de manera suficiente el requisito relacionado con la ausencia sustancial de otros miembros del grupo familiar extenso o cercano que permita afirmar que el menor se encuentra en un estado de desprotección absoluto, tan precario que justifique la concesión del mecanismo alternativo solicitado. Además, no se trata de un recurso extremo para salvaguardar los derechos del menor, sino que podría interpretarse como un intento de sustraer al procesado de manera injustificada de los rigores propios del cumplimiento de la pena en un centro de reclusión. Esto hace innecesaria cualquier especulación adicional sobre el tema.

Asimismo, la Sala debe reiterar que, tal como lo establece la Corte Constitucional, los titulares del derecho a la prisión domiciliaria deben realmente merecerlo, con el fin de evitar que se utilicen artimañas para acceder a este mecanismo y eludir los rigores inherentes al descuento de la pena en un centro de reclusión. En todo caso, debe partirse de lo que resulte más beneficioso para el niño, niña o adolescente, o para las personas adultas que, estando bajo el cuidado del condenado, no puedan valerse por sí mismas y se encuentren imposibilitadas para trabajar. Esto implica una evidente deficiencia sustancial en la ayuda de otros miembros del grupo familiar, así como

la falta de otras posibilidades reales de subsistencia y cuidado. Todo ello debe ser evaluado siempre bajo el principio del interés superior de estos individuos, quienes gozan de especial protección constitucional. **Además, se debe realizar un análisis detallado de las circunstancias particulares del caso, considerando que estas personas dependan por completo del condenado, sin ningún tipo de auxilio de otros miembros de la familia, ya sea cercana o extensa.**

De este modo, se reitera que la prisión domiciliaria, concedida en virtud de la condición de jefe de hogar, no puede convertirse en una medida manipulada estratégicamente en beneficio del padre o madre condenado.

Concluyendo el este cuerpo colegiado que: "el otorgamiento de la figura sólo procede ante la satisfacción concurrente de todas las condiciones previstas en la Ley 750 de 2002, a saber: i) que el condenado, hombre o mujer, tenga la condición de padre o madre cabeza de familia; ii) que su desempeño personal, laboral, familiar y social permita inferir que no pondrá en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo; iii) que la condena no haya sido proferida por alguno de los delitos allí referidos y; iv) que la persona no tenga antecedentes penales."⁴

Finalmente, en cuanto a la solicitud de considerar como pena cumplida el período comprendido entre el 12 de febrero de 2024 y el 31 de mayo de 2024, dado que el procesado fue capturado el 31 de mayo de 2024 por fuga de presos, violencia contra servidor público, daño en bien ajeno y obstrucción a la función pública, como se acredita en el informe de captura en flagrancia FPJ-5, así como en la constancia de consulta de población privada de la libertad expedida por el INPEC, que refleja que el condenado, para el momento de los hechos, estaba bajo detención domiciliaria. Finalmente, la novedad de visitas

⁴ CSJ, SP. Auto del 24 de mayo del 2018, Rad. AP2116-2018, 46936, M. P. Patricia Salazar Cuéllar.

domiciliarias establece que, el 9 de julio de 2024, el procesado "no se encontraba en su lugar de domicilio".

En este caso, de los elementos allegados por la delegada fiscal se tiene el SPOA 0500160002062024-31644. Se informó, mediante consulta de procesos web de la Rama judicial, que se le realizó la formulación de imputación por el delito de violencia contra servidor público agravado y daño en bien ajeno agravado el 1 de junio de 2024, dejando por fuera de la imputación la fuga de presos según el reporte web. Sin embargo, dicha información no se puede constatar debido a la ausencia del acta de la audiencia o la acreditación de la misma.

Así las cosas, limitando el análisis de la solicitud a los elementos probatorios allegados, no se cuentan con los elementos necesarios mediante los cuales se pueda tomar una determinación diferente a la que adoptó el juez a quo, quien reconoció el tiempo de descuento del procesado: "Se le tendrá como parte cumplida de la pena el tiempo que lleva en detención preventiva por razón de esta actuación". Por lo tanto, no se accederá al pedimento de la fiscal delegada. Esto podrá ser analizado por el juez de ejecución de penas, como juez competente en la determinación de la situación jurídica, una vez se encuentre ejecutoriada la sentencia.

De acuerdo con los criterios expuestos, es necesario señalar que, en términos generales, nuestra evaluación del caso concreto para el reconocimiento del mecanismo alternativo arroja un resultado negativo. En consecuencia, se confirmará parcialmente el fallo condenatorio impugnado. Por lo tanto, se procederá a revocar el numeral 4 relacionado con el otorgamiento de la prisión domiciliaria por ser padre cabeza de hogar y, en su lugar, se ordenará la privación de libertad en un centro carcelario designado por el INPEC. Para ello, se dispondrá el traslado del procesado desde su domicilio hacia el centro de reclusión determinado por el INPEC y se emitirá la boleta de encarcelamiento correspondiente.

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR parcialmente el fallo condenatorio impugnado.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral 4 de la parte resolutive del fallo relacionado con el otorgamiento de la prisión domiciliaria por ser padre cabeza de hogar, y, en su lugar, se ordena la privación de libertad en un centro carcelario designado por el INPEC. Para ello, se dispondrá el traslado del procesado desde su domicilio hacia el centro de reclusión determinado por el INPEC y se emitirá la boleta de encarcelamiento correspondiente.

TERCERO. Contra esta decisión procede el recurso de casación, el cual debe interponerse dentro del término común de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de la misma.

CUARTO: Esta sentencia queda notificada en estrados.

QUINTO: Remítase copia de esta decisión al juzgado de origen.

Los Magistrados,

**CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO
LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
GABRIEL FERNANDO ROLDÁN RESTREPO.**

Firmado Por:

Cesar Augusto Rengifo Cuello

Magistrado Ponente: César Augusto Rengifo Cuello
Radicación: 0500160002062024-03794-01
Acusado: Emerson Alexander Álzate Aricapa.
Delito: Fabricación, Trafico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

Magistrado
Sala 10 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Luis Enrique Restrepo Méndez
Magistrado
Sala 011 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Gabriel Fernando Roldan Restrepo
Magistrado
Sala 012 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

*Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con
plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario
2364/12*

Código de verificación:

**705abe506fd683812836543c4f70984acf7d110ce726d8caedf
7adff8bf3fc0f**

Documento generado en 10/03/2025 03:45:03 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en
la siguiente URL:**

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>