



SALA PENAL

FICHA DE REGISTRO	
Radicación	05 001 63 00534 2018 80069
Acusados	Evelin Daniela Sarrázola Borja
Delito	Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (Artículo 376.2 CP. Modificado. L. 1453/2011, artículo 11).
Hechos	17 marzo 2018; Hora: 15:35; Establecimiento Penitenciario y Carcelario El Pedregal.
Juzgado <i>a quo</i>	11º Penal del Circuito de Medellín, Antioquia.
Asunto	Se dicta sentencia de segunda instancia
Consecutivo	SAP-S-2018-29
Audiencia de lectura	Miércoles 7 de noviembre de 2018; Hora: 8:30 am; S-4 (piso 2º)
Aprobado por Acta	Nº 266 de 1º de noviembre de 2018
Tema	Madre cabeza de familia
Tesis	Ley 750 de 2002.
Decisión	Se confirma sentencia de condena
Magistrado Ponente	NELSON SARAY BOTERO

Medellín, Antioquia, noviembre siete (7) de dos mil dieciocho (2018)

1.- ASUNTO

Se dicta sentencia de segunda instancia en el proceso adelantado en contra de EVELIN DANIELA SARRAZOLA BORJA.

2.- IDENTIFICACION DE LA PROCESADA (Arts. 128. 288-1º y 337-1 CPP)

Es la ciudadana EVELIN DANIELA SARRAZOLA BORJA, de mayoría, identificada con la cédula de ciudadanía N° 1'216.726.333 de Medellín, Antioquia; nacida el 25 febrero 1998; hija de MARTHA y MAURICIO; residente en la calle 101 C N°48-38, Barrio El Picacho, teléfono 3212896849.

3.- HECHOS, ACTUACION PROCESAL, SENTENCIA E IMPUGNACION

El 17 marzo 2018 a eso de las 15:35 horas, EVELIN DANIELA SARRAZOLA BORJA, cuando pretendía ingresar a visita de internos en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario INPEC, fue detectada por los caninos de la institución como posible portadora de sustancias estupefacientes.

Al ser requerida por el personal de guardia manifestó que llevaba dentro de sus partes íntimas un elemento extraño, el cual accede a retirarlo de manera voluntaria.

Acto seguido, hace entrega de un elemento en forma cilíndrica envuelto en cinta color amarillo, con una sustancia vegetal, que sometida a la prueba PIPH arrojó como resultado un peso neto de 180 gramos de marihuana.

En la data de 18 septiembre 2018 se profiere sentencia condenatoria en disfavor de la implicada y se niegan los subrogados penales, así como, la solicitud de prisión domiciliaria donde se invocó la condición de madre cabeza de familia.

Al respecto consideró:

“En tal sentido, dígase que no se justificó la deficiencia sustancial de los demás miembros de la familia que podrían hacerse cargo de las menores (sic) de edad, máxime cuando se cuenta con la madre de la procesada, de quien simplemente se dijo que no puede cuidarlos debido a que su residencia está en otro municipio, específicamente en Frontino, situación que por sí sola no la imposibilita para velar por la menor, en especial cuando se sabe de sus condiciones para asistir a sus propios hijos menores de edad, aspecto que la califica como una persona responsable, con quien la infante estaría en buenas manos.

En consecuencia, no se cumple cabalmente el primero de los requisitos dispuestos por el artículo 1° de la Ley 750 de 2002, situación que torna en improcedente continuar con el análisis de las exigencias antes aludidas y, por ende, sólo procede la negación del beneficio impetrado, teniendo en cuenta además que en el presente asunto, pese a que se acreditó la condición de madre cabeza de familia no se ha acreditado fehacientemente la ausencia de ayuda de grupo familiar, aspecto que descarta una situación de abandono de la menor, lo cual sería, en últimas, la hipótesis que empujaría al juzgado a acceder el beneficio solicitado.

En consecuencia, no se concederá a EVELIN DANIELA SARRAZOLA BORJA el subrogado de ejecución de la pena privativa de la libertad.” (f. 79-85, co.1).

El abogado defensor, doctor JORGE ENRIQUE TRIANA RIVERA, interpone recurso de apelación e insiste en la concesión de la prisión domiciliaria a favor de su prohijada por ostentar la condición de madre de familia, aduciendo que se probó dicha calidad y lo que hace el Juzgador es imponer a la abuela de la menor la obligación de hacerse a su cargo, desconociendo que vive en Frontino, Antioquia, lo que significaría cambiarle las condiciones de vida a la infante, pues estaría sometida a un cambio de residencia, de centro educativo, entre otros; lo cual iría en contravía del interés superior de la menor. (fl.93-95 co-1)

4.- FUNDAMENTOS JURIDICOS DEL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala dará respuesta a los planteamientos de la impugnante.

4.1 SOLICITUD DE PRISIÓN DOMICILIARIA PARA LA IMPLICADA EVELIN DANIELA SARRAZOLA BORJA

Explica el censor que hay lugar a la concesión de la prisión domiciliaria al acreditarse la calidad de madre cabeza de familia de la procesada.

➤ **La Sala responde:**

El artículo 68-A el Código Penal, con sus múltiples modificaciones, consagra la prohibición para subrogado y sustitutos cuando se trate de conductas relacionadas con el tráfico de estupefacientes.

Con respecto a la calidad de padre o madre cabeza de familia, se debe indicar que dicha figura está contemplada en el Art. 2º de la Ley 82 de 1993 define el concepto de mujer (hombre) cabeza de familia, así:

ART. 2º—Para los efectos de la presente ley, entiéndese 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 familiar¹.

PAR.—Esta condición y la cesación de la misma, desde el momento en que ocurra el respectivo evento, deberá ser declarada por la “**mujer**” cabeza de familia de bajos ingresos ante notario, expresando las circunstancias básicas de su caso y sin que por este concepto se causen emolumentos notariales a su cargo².

Presupuesto ineludible para la sustitución de pena es la clara y eficiente demostración de la calidad de madre o padre cabeza de familia. Tal situación de demostración fehaciente ha quedado aclarada con lucidez por sentencia de la Corte Constitucional C-154 de marzo 7 de 2007, cuando se expuso:

“Ahora bien, esta Corte debe precisar que la declaratoria de inexecutable del aparte demandado no implica, de ninguna manera, que el beneficio de la detención domiciliaria deba automáticamente concederse a la madre o al padre de cualquier menor de 18 años, sin consideración a sus condiciones fácticas particulares.

¹ Con los criterios identificadores suministrados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que en esencia son los establecidos en la Sentencia SU-388 de 2005.

² La Corte Constitucional en Sentencias C-184 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, se declaró “*exequibles los apartes acusados del artículo 1º 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*”; y mediante sentencia C-964 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis, declaró exequible condicionalmente las expresiones “mujer” y “mujeres” contenidas en el art. 4º Ley 82 de 1993, en el entendido, que los beneficios establecidos en dichos artículos a favor de las personas dependientes de la mujer cabeza de familia se harán extensivos a los hijos menores y a los hijos impedidos dependientes del hombre que, de hecho, se encuentren en la misma situación que una mujer cabeza de familia, en los términos y bajo el requerimiento del artículo 2º de la misma ley

[...]

Sobre este particular debe decirse que, en primer lugar, es requisito legalmente impuesto que el menor no cuente con otra figura paterna, es decir, que a quien debe imponerse la medida de aseguramiento sea la madre *cabeza de familia* o el padre que esté en dichas condiciones. La existencia de otra figura paterna reclama la obligación de cuidado por parte de quien no se ve afectado por la detención preventiva y elimina el factor de desprotección que haría operante la disposición.

[...]

Así, por ejemplo, el hecho de que el menor esté al cuidado de otro familiar o que en virtud de sus condiciones particulares reciba el sustento de otra fuente o, incluso, habilitado por una edad propicia, se encuentre trabajando y provea lo necesario para su subsistencia, podrían considerarse como circunstancias exceptivas que darían lugar a impedir, según la valoración del juez, que se conceda el sustituto de la detención domiciliaria. En este punto, resulta imposible a la Corte enumerar cuáles son las condiciones concretas en que el cuidado del menor se vería o no perjudicado por la decisión de separarlo de su madre o de su padre, pero es claro que sobre las circunstancias fácticas del juicio, es el juez competente el encargado de valorar – siempre a la luz del interés superior del menor- si dicha separación comporta el abandono real del niño.

[...]

De cualquier manera, dado que la finalidad de la norma 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, evitando con ello que se convierta, como lo dijo la Corte en la Sentencia C-184 de 2003, en una estratagema del procesado para manipular el beneficio y cumplir la detención preventiva en su domicilio³.

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

³ “Con esta decisión se asegura a la vez, que los titulares del derecho realmente se lo merezcan, en razón a que es lo mejor en el *interés superior del niño*, no una medida manipulada estratégicamente en provecho del padre condenado que prefiere cumplir la pena en su residencia. Compete a los jueces penales en cada caso velar porque así sea”. Sentencia C-184 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

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”⁴.

El concepto, según la Corte Constitucional en sentencia SU-388 de 2005, involucra los siguientes elementos:

“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”.

El concepto de padre o madre cabeza de familia “*encierra un carácter normativo y no simplemente biológico, fruto de la concepción*”⁵.

4.2 ASPECTOS JURISPRUDENCIALES SOBRE LA SUSTITUCIÓN DE PENA INTRAMURAL POR LA DOMICILIARIA DE PADRE O MADRE CABEZA DE FAMILIA

Pero, independientemente de la prueba sobre el particular, es lo cierto que ya se ha trazado una clara línea jurisprudencial sobre la “*sustitución de la ejecución de la pena*” del art. 461 de la Ley 906 de 2004.

En efecto, tal línea jurisprudencial se inició con la providencia del radicado 25.724 de 19 octubre de 2006, M.P. Alvaro Orlando Pérez Pinzón, siguió luego con la 27.064 de 13 junio de 2007, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez, y la 27.810 de 25 julio

⁴ Magistrado Ponente, Marco Gerardo Monroy Cabra

⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Sentencia de 13 junio de 2007, Rad. 27.064, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez

de 2007, Sigifredo Espinosa Pérez y del auto de única instancia, radicado 22.453 de 26 de junio de 2008; de la cuales se puede colegir:

Primero: Se trata de tres institutos jurídicos bien diferentes: **(i)** prisión domiciliaria (art. 38 CP/2000), **(ii)** sustitución de la detención preventiva (art. 314 Ley 906 de 2004, mod. art. 27 Ley 1142 de 2007) y **(iii)** sustitución de la ejecución de la pena privativa de la libertad de prisión (art. 461 Ley 906 de 2004).

Segundo: Como son fenómenos jurídico bien diversos, cumplen entonces funciones específicas en diferentes momentos de la actuación procesal.

Tercero: Para el art. 461 Ley 906 de 2004 no se tienen en cuenta las “*finalidades de la medida de aseguramiento*”, por evidente sustracción de materia, pues tal tema ya ha sido más que superado, así como tampoco se tienen en cuenta las “*finalidades de la pena*” por cuanto ya fueron analizadas al momento del fallo, en especial para efectos de su individualización.

Cuarto: El numeral 1º del art. 314 sólo opera dentro del proceso, excluida la sentencia, porque ya ha sido objeto de tratamiento, positiva o negativamente.

Quinto: Las finalidades de la pena se estiman al momento del fallo, en especial para efectos de su individualización.

Sexto: Para la concesión de la prisión domiciliaria al momento de la sentencia se deben cumplir inexorablemente los requisitos tanto objetivo como subjetivos del artículo 38 del Código Penal.

Séptimo: Para la “*sustitución de la ejecución de la pena*” del art. 461 de la ley 906 de 2004 se miran con exclusividad las hipótesis relacionadas con la edad, la enfermedad grave, la gravidez y el estatus de madre o padre cabeza de familia — como concepto normativo—, *todo ello surgido con posterioridad a la ejecutoria del fallo*. Aspectos que, de ordinario, deberá analizar el Juez de Ejecución de Penas.

Octavo: Si se dijese que es potestativo del Juez de Conocimiento al momento del fallo referirse al art. 461 Ley 906 de 2004, por remisión del art. 314 *ib.* (mod. art. 27 Ley 1142 de 2007), y en especial a la causal de padre o madre cabeza de familia, es necesario verificar el cumplimiento de las exigencias que facultan para acceder al beneficio.

Pero en auto de única instancia, Rad. 22.453 de 26 de junio de 2008, se pronunció acerca de la viabilidad de dar aplicación al artículo 314 numeral 5º, consagrado en la nueva normatividad procesal, en cuanto redujo significativamente las exigencias para acceder al beneficio de la prisión domiciliaria, señalando que aun cuando ese precepto hace referencia a la figura de la detención preventiva, es posible efectuarse la sustitución de la ejecución de la pena bajo ese mismo supuesto, según lo estipula el artículo 461 *ibídem*⁶.

Noveno: Si nada se dice en las instancias con respecto a la prisión domiciliaria, entonces el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad lo puede hacer, siempre frente al artículo 38 del Código Penal, con las exigencias propias de esa institución, sin miramiento alguno del contenido de la sustitución de la prisión (art. 416 CPP).

⁶ Reiterado además en Rad. 30.872 de 2008, Rad. 31.381, Rad. 29.940 de 2009 y Rad. 30.106 2009, entre otros

Décimo: Finalmente, para relievar que esta línea jurisprudencial conserva vigencia aún con la expedición de la Ley 1142 de junio 28 de 2007, que por su artículo 27 reformó el art. 314 de la Ley 906 de 2004, no es sino observar que el párrafo se refiere a excepciones cuando “la imputación se refiera a los siguientes delitos”, y la imputación de cargos se hizo en la primera audiencia concentrada; en estos momentos se está dictando sentencia, esto es, no estamos ante una prolongación de la audiencia de imputación de cargos

4.3. SE DEBE DEMOSTRAR LA CALIDAD JURÍDICA DE PADRE O MADRE CABEZA DE FAMILIA, Y NO MERAMENTE LA CALIDAD BIOLÓGICA

Es claro entonces, de conformidad con lo ya explicado que, en el esquema del actual sistema de procesamiento, la posibilidad de acceder al mecanismo de la prisión domiciliaria por virtud de lo dispuesto en la Ley 750 de 2002, a partir de las disposiciones más benignas que regulan la materia (Ley 906 de 2004, artículo 314-5°), está supeditada, a que se demuestre dentro del proceso, que se tiene la condición de “*cabeza de familia*”, como se reiteró en sentencia CSJ SP rad. 34.784 de 23 marzo de 2011, con ponencia de Augusto J. Ibáñez Guzmán.

Así pues, la persona que aduzca esa calidad deberá acreditar: (i) que está a cargo del cuidado de los niños, (ii) que su presencia en el seno familiar es necesaria porque los menores dependen de ella no solo económicamente sino en cuanto a su salud y cuidado, (iii) que es de su exclusiva responsabilidad el sostenimiento del hogar; por tanto, (iv) que la medida se hace necesaria para garantizar la protección de los derechos de los niños y no simplemente una excusa para evadir el cumplimiento de la pena en el sitio de reclusión⁷.

Se desprende la sentencia C-154 de 2007 que la “*Corte Constitucional es reiterativa en señalar que el interés superior del niño, es el criterio que debe guiar al juez al momento de examinar la viabilidad del beneficio. Por tanto, una vez establezca la condición de madre o padre cabeza de familia, según el caso, es ineludible examinar la concreta situación del menor, el grado de desprotección o desamparo por ausencia de otra figura paterna o familiar que supla la presencia del progenitor encargado de su protección, cuidado y sustento*”⁸.

4.4 LA PRUEBA SOBRE CALIDAD DE MADRE CABEZA DE FAMILIA

Ha de precisarse que el ser “*cabeza de familia*”, punto central de análisis en esta decisión, es una calidad que el ordenamiento jurídico reconoce a las personas privadas de la libertad, acorde con unas situaciones extremas de vivencia de los hijos menores de edad o impedidos, lo cual no se acredita en la foliatura.

Del acervo probatorio allegado no se permite concluir que se hace indispensable la presencia de EVELIN DANIELA SARRAZOLA BORJA en su lugar de residencia, pues la menor de 4 años cuenta con su abuela MARTHA CECILIA SARRAZOLA, quien es la primera llamada a velar por el cuidado de su nieta,

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia con Rad. 34.784 de 23 marzo de 2011, con ponencia de Augusto J. Ibáñez Guzmán

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia con Rad. 34.784 de 23 marzo de 2011, con ponencia de Augusto J. Ibáñez Guzmán

como quiera que no cuenta con una figura paterna, conforme se deduce de los EMP arrimados. (fl. 72 y 73 co-1)

Tampoco se expusieron circunstancias determinantes que lleven a colegir impedimento alguno por parte de la señora MARTHA CECILIA SARRAZOLA para velar por las necesidades de la niña, pues el solo hecho que resida en otro municipio, no es un argumento de recibo para eludir la obligación con su descendiente.

Entonces, la infante cuenta con la abuela materna lo que hasta el momento desdibuja su situación de abandono o desprotección.

Así entonces, no se cumplen los requisitos legales y jurisprudenciales para que proceda el sustituto reclamado.

No se accederá al pedimento del señor abogado defensor, sin perjuicio de que cuando se presente una novedad en la situación actual se puede impetrar la petición nuevamente ante el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad.

5.- **CONCLUSION**

Se ha de confirmar la sentencia de condena, por las razones expuestas.

6- **DECISION**

EL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN, SALA DE DECISION PENAL, administrando Justicia en nombre de la República y autoridad de la ley, **(i) CONFIRMA** en su integridad la sentencia de condena proferida en contra de la ciudadana EVELIN DANIELA SARRAZOLA BORJA, de condiciones civiles y naturales ya conocidas, por las razones expuestas; **(ii)** contra esta sentencia procede casación.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

NELSON SARAY BOTERO
Magistrado

FICHA DE REGISTRO	
Radicación	05 001 63 00534 2018 80069
Acusados	Evelin Daniela Sarrázola Borja
Delito	Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (Artículo 376.2 CP. Modificado. L. 1453/2011, artículo 11).
Juzgado <i>a quo</i>	11º Penal del Circuito de Medellín, Antioquia.
Decisión	Se confirma sentencia de condena
Magistrado Ponente	NELSON SARAY BOTERO

HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA
Magistrado

-EN INCAPACIDAD-

SANTIAGO APRÁEZ VILLOTA
Magistrado