

TEMA: SOLICITUD DE PRISIÓN DOMICILIARIA POR QUIEN ALEGA SER PADRE CABEZA DE FAMILIA-

La jurisprudencia de la Corte Suprema y la Corte Constitucional, exigen prueba clara de que el condenado es el único responsable del cuidado y manutención del menor, que no exista otra figura familiar que pueda asumir ese rol y que el delito cometido no ponga en riesgo la integridad del menor. No se cumplen los requisitos legales y probatorios para conceder ese beneficio./ **LEGALIDAD DE LA ORDEN DE CAPTURA INMEDIATA-** La orden de captura fue prematura y careció de motivación suficiente. La captura solo podrá ejecutarse una vez la sentencia quede en firme.

HECHOS: El 13 de febrero de 2023, tras una denuncia por violencia intrafamiliar, se encontró al procesado con un arma de fuego sin permiso legal. El 2 de julio de 2024, la fiscalía 65 seccional presentó preacuerdo suscrito con el procesado por la conducta de Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, aplicando como único beneficio la degradación de la participación en la conducta punible de autor a cómplice, para efectos de la tasación de la pena. El despacho de primer grado aprobó el preacuerdo, ordenó la ruptura de la unidad procesal por el delito de Violencia intrafamiliar y accedió a la solicitud de la Defensa de suspender la individualización de la pena y sentencia, consagrado en el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal. Mediante sentencia de primera instancia, se condenó a 4 años y 6 meses de prisión y se negó la prisión domiciliaria. Por tanto, el problema jurídico principal, se concentra en determinar si: ¿Debe concederse el beneficio de prisión domiciliaria a una persona condenada por el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego, bajo el argumento de ser padre cabeza de familia, y puede ordenarse su captura inmediata sin que la sentencia esté ejecutoriada?

TESIS: (...) Con respecto a la calidad de padre o madre cabeza de familia, se debe indicar que dicha figura está contemplada en el Art. 2° de la Ley 82 de 1993 que define el concepto de mujer (hombre) cabeza de familia, así: «Artículo 2°— 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 familiar.(...) 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 7 marzo de 2007(...) [...] 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.(...) 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.(...) 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 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.(...) No puede confundirse la jefatura femenina de hogar, en tanto fenómeno socio-económico, en el que una mujer asume la manutención de su pareja, con la figura de cabeza de familia derivada de la incapacidad de alguien, a su cargo, en razón de su incapacidad para trabajar. Lo cual aplica, igualmente, para los hombres. 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.(...) De los documentos allegados como soporte por la Defensa, no se logra acreditar una ausencia o abandono absoluto del menor de edad J.H.G, ya que bajo su protección está la compañera permanente del condenado, señor ETGF, como lo expresó la misma Defensa en su escrito de apelación. Aunado a que su otra hija H.J.G.F. ya cuenta con la mayoría de edad, conforme al registro civil de nacimiento aportado. Además, frente a la compañera permanente del procesado, no se demostró su incapacidad física, sensorial, síquica y moral para cuidar del menor de edad en comento, sin que se tengan fundamentos de peso para argüir que no es apta para hacerse cargo de él.(...) no se probó que su hijo esté ausente de la ayuda de otros individuos pertenecientes al grupo familiar extenso, e incluso cercano, que permita predicar que se encuentra en un estado tal de desprotección que indefectiblemente pueda catalogarse como absoluto.(...) Mediante providencia CSJ STP 5495-2023, rad. 130.745 de 8 de junio de 2023; CSJ STP 732-2025, rad. 141.591 de 23 enero 2025, se hace una reinterpretación del canon 450 del C.P.P. Se dice en dichas providencias que nunca ha estado en discusión la facultad que le otorga la ley al sentenciador de anticipar la captura del acusado no privado de la libertad, pues, el mismo canon 450 del Código de Procedimiento Penal así lo establece, cuando indica «(s)i la detención es necesaria», podrá hacerlo con efecto inmediato.(...) a partir de los principios en comento, alusivos a la preferencia de la libertad y presunción de inocencia, la carga argumentativa la tiene el operador judicial cuando, pese a no contar con sentencia de condena ejecutoriada, debe explicar el porqué de la intromisión anticipada que derive en el encarcelamiento del acusado. Por lo tanto, la negativa a los subrogados penales, no es razón suficiente para proceder a disponer la aprehensión inmediata, en la medida que una interpretación de ese tenor se ofrece restrictiva y contraria a la teleología del sistema penal actual.(...) son factores a tener en cuenta a la hora de motivar la necesidad de imponer captura inmediata de acuerdo con el artículo 450 del Código de Procedimiento Penal, entre otros, los principios de necesidad y proporcionalidad, junto con los artículos 54 y 63 del Código Penal, es decir, las circunstancias de mayor y menor punibilidad y la suspensión condicional de la ejecución de la pena y demás subrogados. Es claro que la juez de instancia no presentó carga argumentativa suficiente y sólida para librar orden de captura en contra del filiado, razón por la cual se ha de revocar parcialmente el numeral tercero de la sentencia confutada en cuanto dispone: «Como el procesado se encuentra en libertad se ordena emitir ORDEN DE CAPTURA INMEDIATA para el cumplimiento de la pena».

MP. NELSON SARAY BOTERO

FECHA: 1°/07/2025

PROVIDENCIA: SENTENCIA



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN
SALA PENAL DE DECISIÓN

Proceso	Ordinario
Radicado	05001600020620230382301
Delito	Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones (Art. 365 del C.P.)
Procesado	GUSTAVO ADOLFO HERNÁNDEZ TEJADA
Hechos investigados	13 de febrero del 2023
Juzgado a quo	24° penal del circuito con funciones de conocimiento de Medellín
Asunto	Se impugna sentencia de condena. Temas: la prisión domiciliaria por la calidad de padre cabeza de familia y orden de captura sin ejecutoria de sentencia
Decisión	Confirma, pero se revoca la orden de captura inmediata.
Ponente	NELSON SARAY BOTERO
Providencia	SAP-S-2025-12
Aprobado por Acta	N°18 del 27 de junio de 2025
Lugar, fecha y hora de la lectura	Medellín, 1° de julio de 2025; Hora: 11:00 am

1. ASUNTO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la defensa en contra de la sentencia condenatoria emitida el 21 de agosto de 2024 por el juzgado 24 penal del circuito con funciones de conocimiento de Medellín, en el proceso adelantado en contra del ciudadano GUSTAVO ADOLFO HERNÁNDEZ TEJADA.

2. IDENTIFICACIÓN DEL ACUSADO

Es el ciudadano GUSTAVO ADOLFO HERNÁNDEZ TEJADA, de mayoría, identificado con la cédula de ciudadanía N° 98.538.577 expedida en Itagüí, Antioquia, nacido el 2 de febrero de 1973 en Medellín, Antioquia; es hijo de ROCÍO y GUSTAVO.

3. HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Los hechos, según la acusación, son los siguientes:

«El 13 de febrero del 2023 aproximadamente a las 21:00 horas, la policía se encontraba en la estación de policía san Antonio de Prado en la Calle 52 b sur con Cra. 65-B-21 cuando llega a las instalaciones la señora ERIKA TATIANA GÓMEZ FLÓREZ pidiendo auxilio, manifestando que su pareja sentimental la golpeó, la amenazó con un arma de fuego y pidiendo que la acompañaran a su residencia, al llegar al lugar en la Cra. 62-B # 47-58 Barrio Aires de Paz Limonar #2, (...), en la acera se encontraba el señor GUSTAVO ADOLFO HERNÁNDEZ TEJADA, señalado por la ciudadana como el que portaba el arma y la estaba amenazando, indicando que el arma se encontraba encima del ropero de su habitación en el 3er piso, al revisar encontraron un changón doble cañón de chacha de madera y 2 cartuchos calibre 16 para la misma, manifestando el señor GUSTAVO no tener permiso para el porte ni tenencia

de estos elementos. El perito indicó que los elementos son aptos para su funcionamiento, están en buen estado de conservación y el arma es apta para producir el fenómeno del disparo. La cuarta brigada y la CINAR indicaron que este ciudadano no tiene permiso por parte del Estado colombiano para el porte o tenencia de armas de fuego ni municiones».

Se formuló imputación el 14 de febrero de 2023, ante el juzgado 4° penal municipal con función de control de garantías de Medellín, por los delitos de *Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones*, en concurso con el punible de *Violencia intrafamiliar agravada*, consagrados en los artículos 365 y 229 del C.P., respectivamente.

El día 2 de abril de 2024, se realizó la audiencia de acusación por los mismos delitos imputados.

El 2 de julio de 2024, la fiscalía 65 seccional presentó **preacuerdo** suscrito con el procesado por la conducta de *Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones*, aplicando como único beneficio la degradación de la participación en la conducta punible de autor a cómplice, para efectos de la tasación de la pena.

El despacho de primer grado **aprobó el preacuerdo**, ordenó la ruptura de la unidad procesal por el delito de *Violencia intrafamiliar* y accedió a la solicitud de la Defensa de suspender la individualización de la pena y sentencia, consagrado en el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, a efectos de

obtener los elementos materiales probatorios para acreditar la calidad de cabeza de familia y obtener así el beneficio de la prisión domiciliaria.

4. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El 21 de agosto de 2024, se dictó la respectiva sentencia condenatoria en contra del señor GUSTAVO ADOLFO HERNÁNDEZ TEJADA, imponiéndole una pena de cuatro (4) años y seis (6) meses de prisión, por hallarlo penalmente responsable del delito de *Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones*, conforme al artículo 365 del C.P.

Se denegó la solicitud de prisión domiciliaria por la calidad de padre cabeza de familia.

5. RECURSO DE APELACIÓN POR PARTE DE LA DEFENSA

La defensa apeló la decisión solicitando su **revocatoria**, en lo referido a la **no concesión de la prisión domiciliaria** del señor GUSTAVO ADOLFO HERNÁNDEZ TEJADA, pues, alega tener a su cargo el cuidado de sus dos hijos menores de edad.

Adujo que su compañera permanente, ÉRIKA TATIANA GÓMEZ FLÓREZ, está a cargo del cuidado diario de su hijo J.H.G. de 7 años, quien requiere cuidados especiales al haber sido

diagnosticado con asma crónica, pendiente de una cirugía de adenoides y amígdalas. Empero, consideró que dicha dama no está en condiciones de asumir de manera exclusiva la responsabilidad de sus dos hijos, ya que es necesario un padre proveedor, para que ella siga cumpliendo su labor de cuidadora. Máxime que ella nunca ha laborado y no tiene estudios superiores.

Además, explicó que él y su compañera permanente no tienen familia extensa y resulta exagerado afirmar que por la falta de una declaración extra-juicio u otro medio probatorio que permita colegir que sus hijos se encuentran en total desprotección, se le niegue la prisión domiciliaria. Tampoco el hecho de tener la vivienda propia es suficiente paliativo de una situación de desprotección, porque también se requiere apropiarse de ingresos para el pago de servicios públicos, predial, alimentación y salud.

Concluyó que no es proporcional que una persona con una pena que sobrepasa en solo seis meses, la que admite una aplicación automática de la suspensión de la ejecución de la condena, deba ir a prisión intramural, alejándose de sus dos hijos, uno de ellos que no podrá continuar con sus estudios universitarios, ya que no tiene un padre proveedor que los sufrague.

Finalmente, solicitó un pronunciamiento frente a la expedición de la orden de captura de manera inmediata, sin estar la sentencia ejecutoriada.

6. ARGUMENTOS DE DECISIÓN DE LA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala dará respuesta de manera puntual a las inquietudes de la abogada defensora del sentenciado.

7. PRISIÓN DOMICILIARIA POR LA CALIDAD DE MADRE O PADRE CABEZA DE FAMILIA

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

«Artículo 2°— 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

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.

ante notario, expresando las circunstancias básicas de su caso y sin que por este concepto se causen emolumentos notariales a su cargo»².

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 7 marzo de 2007, cuando se expuso:

«Ahora bien, esta Corte debe precisar que la declaratoria de inexequibilidad 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.

[...] 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*

² La Corte Constitucional en sentencias C-184 de 2003, declaró «*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*»; y mediante sentencia C-964 de 2003, declaró exequible condicionalmente las expresiones «*mujer*» y «*mujeres*» contenidas en el artículo 4° 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 2° de la misma ley.

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 domicilio» (se resalta)³.

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 niño, niña o adolescente (NNA).

El juez en cada caso analizará la situación especial del NNA, 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 NNA, todo lo cual debe ser argumentado para acceder o negar el beneficio establecido en la norma.

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». Corte Constitucional, sentencia C-184 de 2003.

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*»⁴.

8. LA REGULACIÓN DE LA PRISIÓN DOMICILIARIA PARA MADRES O PADRES CABEZA DE FAMILIA

La Corte en providencias CSJ SP 4945-2019, rad. 53.863; CSJ SP 1251-2020, rad. 55.614; CSJ SP1251-2021, rad. 55.614 de 10 junio 2020, fijó las reglas aplicables para decidir sobre la prisión domiciliaria *especial* para personas cabeza de familia⁵.

A continuación, se reproducirán las premisas pertinentes de la Corte *in extenso*, a efectos de resolver en el presente asunto.

8.1 LA DEFINICIÓN DE MADRE -O PADRE- CABEZA DE FAMILIA

«Al respecto, el art. 2º de la Ley 82 de 1993, modificado por el artículo 1º 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 socio-demográficos, económicos, culturales y de las relaciones de género que se han producido en

⁴ CSJ SP, 13 junio 2007, rad. 27.064.

⁵ CSJ AP 4176-2021, rad. 58.069 de 15 septiembre 2021.

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 cabeza de familia no sólo 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 éste. En el mismo sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido esa condición en situaciones en que mujeres están a cargo del cónyuge que padece una grave afectación mental (CSJ SP, 12 febrero 2014, rad. 43.118)».

8.2 LA REGULACIÓN DE LA PRISIÓN DOMICILIARIA PARA MADRES O PADRES CABEZA DE FAMILIA

El artículo 1° de la Ley 750 de 2002,⁶ en punto de los requisitos para conceder la sustitución de la prisión, 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.

⁶ Norma declarada exequible por la sentencia C-184 de 2003, en el entendido que el derecho puede ser concedido por el juez a los hombres que, de hecho, se encuentren en la misma situación que una mujer cabeza de familia.

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. (...)».

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 de edad (18 años), 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.

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.⁷

(...) Este especial apoyo se dirige a permitir que la mujer cabeza de familia recluida, **pueda reintegrarse de facto a su círculo familiar**⁸ 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 recluida en centro carcelario o penitenciario, a través de la redención de su pena por trabajo comunitario.⁹ (...)».

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

⁷ Gaceta del Congreso N° 113 de 2001.

⁸ Negrilla no hace parte del texto original.

⁹ *Ibidem*.

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, al punto que éste, respecto de aquéllas, reúna los requisitos legales para ser catalogado como cabeza de familia.

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 de si su cuidado y manutención estaban exclusivamente a cargo de la madre o del padre.

En opinión de la Sala Penal de la Corte, las razones expuestas por la Corte Constitucional en la sentencia en mención, aunadas a otras motivaciones de rango constitucional, son suficientes para concluir que en esos otros grupos poblacionales (personas incapaces o incapacitadas para trabajar), no sólo 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*».

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

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, siguió luego con la 27.064 de 13 junio de 2007, la del rad. 27.810 de 25 julio de 2007, y CSJ AP, rad. 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 1° 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 CSJ AP, rad. 22.453 de 26 de junio de 2008, se pronunció acerca de la viabilidad de dar aplicación al artículo 314 numeral 5°, 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*¹⁰.

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 C.P.P.).

Décimo: finalmente, para relieves 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.

¹⁰ CSJ SP rad. 30.872 de 2008; CSJ SP rad. 31.381; CSJ SP rad. 29.940 de 2009; CSJ SP rad. 30.106 de 2009.

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

No puede confundirse la jefatura femenina de hogar, en tanto fenómeno socio-económico, en el que una mujer asume la manutención de su pareja, con la figura de cabeza de familia derivada de la incapacidad de alguien, a su cargo, en razón de su *incapacidad para trabajar*¹¹. Lo cual aplica, igualmente, para los hombres.

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.

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

¹¹ CSJ SP 1251-2021, rad. 55.614 de 10 junio 2021.

niños y no simplemente una excusa para evadir el cumplimiento de la pena en el sitio de reclusión¹².

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*»¹³.

10. VALORACIÓN INDIVIDUAL Y EN CONJUNTO DE LAS PRUEBAS SOBRE LA CALIDAD DE PADRE CABEZA DE FAMILIA EN EL ASUNTO DEL SUB LITE

El problema jurídico en el presente caso debe estar circunscrito a la valoración de las pruebas para concluir si respecto del sentenciado se cumplen las exigencias fácticas, legales y jurisprudenciales para concederle la prisión domiciliaria en condición de cabeza de familia.

Entre los elementos materiales probatorios presentados por la Defensa para acreditar la calidad de cabeza de familia, están los registros civiles de nacimiento de sus dos hijos de 8 y 18 años,

¹² CSJ SP rad. 34.784 de 23 marzo de 2011

¹³ CSJ SP rad. 34.784 de 23 marzo de 2011.

actualmente, y las órdenes médicas del menor de edad J.H.G., que da cuenta de su diagnóstico de asma¹⁴.

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.

En múltiples oportunidades, la Corte¹⁵ ha precisado que no basta con probar que se es padre de familia para tener acceso al subrogado penal de la prisión domiciliaria, es necesario acreditar que el condenado es la única persona que puede suplir las necesidades del menor y de carecer de este apoyo, y de no estarlo quedaría en el desamparo o abandono¹⁶.

De los documentos allegados como soporte por la Defensa, no se logra acreditar una ausencia o abandono absoluto del menor de edad J.H.G, ya que bajo su protección está la compañera permanente del condenado, señor ÉRIKA TATIANA GÓMEZ FLÓREZ, como lo expresó la misma Defensa en su escrito de apelación. Aunado a que su otra hija H.J.G.F. ya cuenta con la mayoría de edad, conforme al registro civil de nacimiento aportado.

¹⁴ Archivo 28.

¹⁵ CSJ SP, 23 marzo 2011, rad. 34.784; CSJ AP 5740-2014 de 24 septiembre 2014; CSJ AP 1504-2019 de 30 abril 2019, rad. 53.220.

¹⁶ CSJ AP 5579-2021 de 24 mayo 2021, rad. 60.212; CSJ AP 1150-2022, rad. 59.139 de 16 marzo 2022.

Además, frente a la compañera permanente del procesado, no se demostró su incapacidad física, sensorial, síquica y moral para cuidar del menor de edad en comento, sin que se tengan fundamentos de peso para argüir que no es apta para hacerse cargo de él.

Será el equipo interdisciplinario o profesionales expertos en trabajo social a través del respectivo informe psicosocial quienes pongan de presenten la situación de vulnerabilidad del menor de edad. No obstante, hasta el momento se desdibuja esa situación de abandono o desprotección que esgrime el impugnante.

Al igual que el *a quo*, se debe colegir que no se acreditaron con suficiencia las condiciones para reconocer en favor del filiado la condición que es indispensable para acceder al mecanismo sustitutivo de la prisión intramuros.

Es que no se probó que su hijo esté ausente de la ayuda de otros individuos pertenecientes al grupo familiar extenso, e incluso cercano, que permita predicar que se encuentra en un estado tal de desprotección que indefectiblemente pueda catalogarse como absoluto.

Recuérdese que la figura de la sustitución de la prisión intramural por domiciliaria como padre cabeza de familia no fue concebida para beneficio de los que infringen la ley, sino para la protección de los niños y adultos mayores que quedan desamparados en términos absolutos cuando su familiar encargado está privado de la libertad.

En síntesis, conforme a la evidencia e información con que se cuenta hoy, no se probó en modo alguno que el menor de edad, hijo del sentenciado, quede desprotegido moral y económicamente en condición de abandono por ausencia absoluta de familiares cercanos que puedan asumir las cargas que les corresponde, mientras el señor GUSTAVO ADOLFO descuenta la pena en establecimiento penitenciario.

En fin, no se probó que su descendiente menor de edad se encontrara en total abandono como consecuencia de su privación de la libertad¹⁷.

Así entonces, no se cumplen los requisitos legales y jurisprudenciales para que proceda el sustituto reclamado, por ende, **no se accederá al pedimento de la prisión domiciliaria por la calidad de padre cabeza de familia**, sin perjuicio de que cuando se presente una novedad, se pueda impetrar la petición nuevamente ante el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad.

11. NO PUEDE CONFUNDIRSE LA CALIDAD JURÍDICA CON LA CALIDAD BIOLÓGICA

En múltiples oportunidades, la Corte¹⁸ ha precisado que no basta con probar que se es padre de familia para tener acceso al

¹⁷ CSJ AP 2803-2025, rad. 68.757 de 7 mayo 2025.

¹⁸ CSJ SP, 23 marzo 2011, rad. 34.784; CSJ AP 5740-2014 de 24 septiembre 2014; CSJ AP 1504-2019 de 30 abril 2019, rad. 53.220.

subrogado penal de la prisión domiciliaria, es necesario acreditar que el condenado es la única persona que puede suplir las necesidades del menor y de carecer de este apoyo, quedaría en el desamparo o abandono¹⁹.

12. CONCLUSIÓN SOBRE LA CONDENA Y LA PRISIÓN DOMICILIARIA POR CALIDAD DE PADRE CABEZA DE FAMILIA

La Sala encuentra suficientes razones para la confirmación de la sentencia de condena de primera instancia y la negativa de la prisión domiciliaria por la calidad de padre cabeza de familia, por las razones expuestas.

13. LA SANCIÓN DEL DELITO NEGOCIADO, LA PENA ORIGINAL Y LA PRISIÓN DOMICILIARIA

13.1 ARGUMENTOS DE LA ABOGADA DEFENSORA

La abogada defensora expresa:

«No existe razón valedera para acoger esa línea trazada por el órgano de cierre, que dejó de lado la aplicada en forma pacífica por muchos años, de

¹⁹ CSJ AP 5579-2021 de 24 mayo 2021, rad. 60.212; CSJ AP 1150-2022, rad. 59.139 de 16 marzo 2022.

conceder los beneficios o subrogados correspondientes a la pena aplicada conforme a lo acordado entre ente pesquisador y defensa, y no para la pena original.

De todas formas, este tópico no fue analizado por la primera instancia, por lo que se habilita el *ad quem* para asumir su estudio desde la óptica que estamos planteando.

Y esa visión dista de la que, como venimos de señalar, viene en boga, de aplicar subrogados y beneficios con la pena original, con la que apareja el delito objeto de acusación».

13.2 ARGUMENTOS DE LA SALA AD QUEM EN ESTE TEMA

La Sala *ad quem* ha de responder los reparos de la impugnante.

Para la jurisprudencia, concierne a la Fiscalía preacordar sobre el supuesto de que el delito que se atribuye tiene una base fáctica, probatoriamente sustentada y que la referencia a una calificación jurídica menos restrictiva, pero carente de cualquier fundamentación, **lo es solo para efectos punitivos**, de modo que el procesado comprenda con claridad que la calificación jurídica del punible objeto de imputación o acusación no sufre en esas condiciones variación alguna y que, salvo el pacto a que se haya llegado sobre la pena, la sentencia lo será respecto de la

ilicitud materia de aquellos actos, con sus anejas consecuencias²⁰.

En esa misma línea debe ser el rol del juzgador, no en fijar una calificación jurídica según su criterio, sino en advertir que el acuerdo lo sea en esos términos y que en torno a ellos el acusado tenga la claridad necesaria; por lo mismo no debe aprobar aquellos pactos que tozudamente varíen la calificación jurídica sin que medie una base fáctica²¹.

Es decir, en esos casos se condena como autor, no como cómplice, del punible de porte ilegal de armas y a cambio se le reconoce, a título de compensación la pena de éste, sin que en parte alguna pueda entenderse que la calificación jurídica del tipo subjetivo varió de autor a cómplice, mucho menos cuando no existía una base fáctica para que se procediera jurídicamente a esa modificación²².

Establece el artículo 38-B del C.P., adicionado por el 23 de la Ley 1709 de 2014:

«Son requisitos para conceder la prisión domiciliaria:

²⁰ CSJ SP 2073-2020 de 24 junio 2020, rad. 52.227; CSJ SP 359-2022, rad. 54.535 de 16 febrero 2022; CSJ AP 1826-2023, rad. 62.784 de 28 junio 2023; CSJ AP 1000-2025, rad. 61.752 de 26 febrero 2025; CSJ AP 1043-2025, rad. 64.510 de 26 febrero 2025; CSJ AP 1009-2025, rad. 59.941 de 26 febrero 2025; CSJ AP 2025-2025, rad. 60.435 de 2 abril 2025.

²¹ CSJ SP 2073-2020 de 24 junio 2020, rad. 52.227; CSJ SP 359-2022, rad. 54.535 de 16 febrero 2022; CSJ AP 1826-2023, rad. 62.784 de 28 junio 2023; CSJ AP 1009-2025, rad. 59.941 de 26 febrero 2025.

²² CSJ SP 359-2022, rad. 54.535 de 16 febrero 2022; CSJ AP 1826-2023, rad. 62.784 de 28 junio 2023; CSJ AP 1009-2025, rad. 59.941 de 26 febrero 2025.

1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos.
2. Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2° del artículo 68A de la Ley 599 de 2000.
3. Que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado.
(...)».

Cuando el proceso culmine por la vía del preacuerdo, por ejemplo, por readecuación típica como cuando el procesado fue beneficiado con la imposición de la pena prevista para el cómplice, a cambio de lo cual aceptó su autoría en un determinado delito; o cuando se degrada la conducta para reconocer la sanción con pena que corresponde a los artículos 56 o 57 del Código Penal, pero se acepta el delito, solo que para efectos de determinación de la pena en concreto se aplican las circunstancias de los artículos 56 o 57, *«es la conducta efectivamente aceptada por el procesado, la que marca la pauta para analizar la procedencia de la prisión domiciliaria y el subrogado penal»*²³.

²³ CSJ SP, 28 febrero 2018, rad. 50.000; CSJ SP 4395-2018, rad. 52.960 de 10 octubre 2018; CSJ AP 3144-2023, rad. 59.375 de 27 octubre 2023; CSJ AP 1009-2025, rad. 59.941 de 26 febrero 2025; CSJ AP 2025-2025, rad. 60.435 de 2 abril 2025.

La circunstancia reconocida (complicidad, ira o intenso dolor, marginalidad, etc.), que no existe, **es una ficción**, solo se tiene en cuenta para efectos de determinación de la pena²⁴.

Por tanto, como se condena por los hechos realmente cometidos y no por los de la ficción, *vr. gr.*, como autor a quien ostentaba tal condición y así lo aceptó por vía del preacuerdo, deben aplicarse en su respecto todas las consecuencias jurídicas, especialmente si se trata de subrogados penales, así se le haya impuesto la sanción por la conducta degradada o por la variación jurídica la cual fue referida exclusivamente **para fines punitivos** y no como un cambio de la tipicidad²⁵.

La concesión del sustituto de prisión domiciliaria no depende de la pena impuesta, sino de la prevista en la Ley, según lo prevé el artículo 38 de la Ley 599 y en tanto sea en su mínimo inferior a ocho (8) años, condición cuantitativa que, sin duda alguna, no se satisface en la medida en que la Ley prevé para el delito imputado una sanción mínima de 9 años de privación de libertad en el porte de armas²⁶.

La tesis que propugna por una cualificación sin base fáctica ni probatoria, lo cual es inadmisibles, según lo indica la jurisprudencia actual y mayoritaria, cuyos alcances precisan que

²⁴ CSJ SP 486-2018 de 28 febrero 2018, rad. 50.000; CSJ AP 4889-2018 de 14 noviembre 2018, rad. 53.987; CSJ AP 5285-2018 de 5 diciembre 2018, rad. 49.671; CSJ SP 4860-2019, rad. 46.401 de 6 noviembre 2019; CSJ AP 3144-2023, rad. 59.375 de 27 octubre 2023; CSJ AP 2025-2025, rad. 60.435 de 2 abril 2025.

²⁵ CSJ SP 359-2022, rad. 54.535 de 16 febrero 2022; CSJ AP 1826-2023, rad. 62.784 de 28 junio 2023; CSJ AP 3144-2023, rad. 59.375 de 27 octubre 2023; CSJ AP 1009-2025, rad. 59.941 de 26 febrero 2025; CSJ AP 2025-2025, rad. 60.435 de 2 abril 2025.

²⁶ CSJ AP 1000-2025, rad. 61.752 de 26 febrero 2025; CSJ AP 1043-2025, rad. 64.510 de 26 febrero 2025.

la ficción que sustenta preacuerdos como el logrado en este asunto solo tiene efectos en la pena y nada más, por manera que más allá de lo preacordado, la responsabilidad deriva de la imputación con base fáctica y probatoria²⁷.

13.3 CONCLUSIÓN SOBRE ESTE ASPECTO

Se debe negar entonces la prisión domiciliaria con fundamento en la calificación jurídica por la cual fue declarado responsable y no en la «**ficción legal**» acordada para efectos punitivos²⁸.

14. ORDEN DE CAPTURA LIBRADA EN ESTE ASUNTO SIN EJECUTORIA DE LA SENTENCIA DE CONDENA

14.1 ARGUMENTOS DE LA CENSORA

La abogada defensora, doctora ANA MILENA CASTRO RIBERO, solicitó un pronunciamiento frente a la expedición de la orden de captura de manera inmediata, sin estar la sentencia ejecutoriada.

²⁷ CSJ SP 2073-2020 de 24 junio 2020, rad. 52.227; CSJ AP 1000-2025, rad. 61.752 de 26 febrero 2025; CSJ AP 1043-2025, rad. 64.510 de 26 febrero 2025.

²⁸ CSJ SP 2073-2020 de 24 junio 2020, rad. 52.227; CSJ SP 3002-2020 de 19 agosto 2020, rad. 54.039; CSJ AP 1298-2025, rad. 67.819 de 5 marzo 2025; CSJ AP 2025-2025, rad. 60.435 de 2 abril 2025.

Así argumentó:

«Ahora, la última parte o epílogo de la censura, que apunta a la decisión de privar de la libertad a mi defendido, sin dar motivación alguna al respecto, podemos apuntalarla en los mismos principios, es decir, en la principalística constitucional, que privilegia lo que debe entender más que como un principio como un estado de inocencia, que no sufre mengua hasta tanto exista una decisión de condena ejecutoriada, que no la hay en el momento ante el recurso interpuesto.
(...).

Esto no es más que una vía de hecho que no tiene cabida cuando un juez verdaderamente es consciente de la necesidad de apuntalar sus decisiones en orden de principalística y respeto a la dignidad humana».

14.2 ARGUMENTOS DE LA JUEZ DE INSTANCIA

Esto dijo la juez 24 penal del circuito de Medellín:

«Para finalizar, se negará la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria del artículo 38B del C.P., dado que la pena impuesta supera los 4 años de prisión y la pena mínima

prevista para el delito por el que fue condenado supera los 8 años de prisión respectivamente.

Como el señor GUSTAVO ADOLFO HERNÁNDEZ TEJADA se encuentra en libertad se ordena su captura inmediata para que cumpla con la pena impuesta en esta sentencia. No obstante, puede realizar su presentación voluntaria ante las autoridades competentes».

14.3 ARGUMENTOS DEL *AD QUEM*

La Sala *ad quem* ha de responder los cuestionamientos realizados.

Mediante providencia CSJ STP 5495-2023, rad. 130.745 de 8 de junio de 2023; CSJ STP 732-2025, rad. 141.591 de 23 enero 2025, se hace una reinterpretación del canon 450 del C.P.P.

Se dice en dichas providencias que nunca ha estado en discusión la facultad que le otorga la ley al sentenciador de anticipar la captura del acusado no privado de la libertad, pues, el mismo canon 450 del Código de Procedimiento Penal así lo establece, cuando indica «(s)i la detención es necesaria», podrá hacerlo con efecto inmediato.

Los artículos 295 y 296 de la Ley 906 de 2004, encabezan el título IV alusivo al régimen de la libertad y su restricción y consagran

en términos generales las disposiciones comunes que desarrollan el principio general de la libertad contenido en la Constitución y código adjetivo penal.

De tales normas se extraen varias conclusiones:

Uno: las aludidas pautas normativas transversalizan todo el régimen de privación de la libertad en el proceso penal, por lo tanto, en manera alguna se limitan a una etapa procesal en concreto, como sería, por ejemplo, la que se desarrolla en los albores del mismo a la hora de examinar la procedencia o no de la detención preventiva. Con lo cual, debe concluirse que el carácter excepcional de la restricción en comento, su aplicación bajo ciertos criterios y el seguimiento de sus fines se predicen de toda decisión en la que esté en juego la limitación a la libertad del implicado.

Refuerza lo dicho recordar que tales normas hacen parte de las «*disposiciones comunes*», que consagra el Código de Procedimiento Penal.

Dos: desarrollan tácitamente la escogencia y aplicación de una metodología de análisis denominada el *test de razonabilidad*, a partir del cual la intromisión en un derecho fundamental, en este caso la libertad, está justificada siempre que la medida aflictiva sea adecuada, necesaria y proporcional.

Cuando el artículo 295 del C.P.P. indica que la restricción de la libertad, además de ser excepcional, su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los

contenidos constitucionales, está incorporando en otras palabras el mencionado *test de razonabilidad* al exigir un juicio de ponderación y proporcionalidad, esta vez, entre la medida restrictiva, sus fines y la libertad del procesado.

Tres: el reconocimiento expreso y legal del principio *pro libertate*, pues, el primer artículo en cita entrega herramientas de suma importancia para afirmar que ante «*situaciones en las que se llegue a la conclusión motivada, justificada y, especialmente, razonable acerca de que pasajes legales puedan ser oscuros o contradictorios, es necesario que se interpreten de manera restrictiva, resaltando la excepcionalidad con que debe ser vista la permisión constitucional y legal de autorizar la privación y la restricción a la libertad personal*» (CSJ AP, 20 octubre 2005, rad. 24.152).

Este principio impone que el operador jurídico debe preferir la norma o interpretación de esta que restrinja en menor grado la libertad, lo que supone entonces que para ir en contra de la misma **se exigen intensos niveles de justificación y argumentación** de cara a su limitación.

A la par del principio *pro libertate* puede agregarse a este escenario de análisis el principio general de *presunción de inocencia*.

Cuatro: de manera *prima facie* mientras no haya fallo de responsabilidad en firme, no habría lugar a privar de la libertad a un procesado, en tanto ello sería equivalente a tratarlo como «*culpable*», sabiéndose que, dicho precepto en manera alguna

ostenta carácter absoluto, pues, habrá casos en los que, dicha regla deba exceptuarse y, en ese orden de prioridades, justificarse por qué, a pesar de la presunción en cita, un enjuiciable tiene que esperar los resultados del proceso en condición de detenido.

Bajo esa lógica, a partir de los principios en comento, alusivos a la preferencia de la libertad y presunción de inocencia, **la carga argumentativa la tiene el operador judicial** cuando, pese a no contar con sentencia de condena ejecutoriada, debe explicar el porqué de la intromisión anticipada que derive en el encarcelamiento del acusado.

Por lo tanto, la negativa a los subrogados penales, no es razón suficiente para proceder a disponer la aprehensión inmediata, en la medida que una interpretación de ese tenor se ofrece restrictiva y contraria a la teleología del sistema penal actual.

Cinco: a similar conclusión llega la Corte Constitucional en sentencia T-082 de 2023, cuando estimó como razón fundamental (*ratio decidendi*) de una violación al derecho a la libertad el que el juez, al momento de dar lectura al fallo condenatorio, no haya argumentado por qué era necesario ordenar la captura inmediata del actor.

Para la Corte: «Esa motivación era indispensable para explicar las razones que llevaron a cambiar la posición del juzgador respecto de la necesidad de la pena, como lo establece la Sentencia C-342 de 2017. El requerimiento de la carga argumentativa era reforzado, toda vez que la pena de restricción de la libertad es la medida más excepcional en el ordenamiento jurídico criminal».

Seis: son factores a tener en cuenta a la hora de motivar la necesidad de imponer captura inmediata de acuerdo con el artículo 450 del Código de Procedimiento Penal, entre otros, los principios de necesidad y proporcionalidad, junto con los artículos 54 y 63 del Código Penal, es decir, las circunstancias de mayor y menor punibilidad y la suspensión condicional de la ejecución de la pena y demás subrogados.

14.4 CONCLUSIÓN DE ESTE APARTADO

Es claro que la juez de instancia no presentó carga argumentativa suficiente y sólida para librar orden de captura en contra del filiado, razón por la cual se ha de revocar parcialmente el numeral tercero de la sentencia confutada en cuanto dispone: «*Como el procesado se encuentra en libertad se ordena emitir ORDEN DE CAPTURA INMEDIATA para el cumplimiento de la pena*».

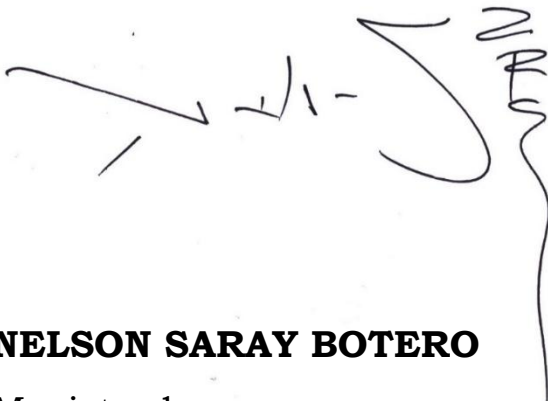
En su lugar, se dispone que la orden de captura se librará una vez cobre ejecutoria la sentencia de condena.

15. RESOLUCIÓN

EL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA DE DECISIÓN PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **(i) CONFIRMA** la sentencia de condena

proferida el 21 de agosto de 2024 por el juzgado veinticuatro penal del circuito con funciones de conocimiento de Medellín, en contra del ciudadano GUSTAVO ADOLFO HERNÁNDEZ TEJADA, de condiciones civiles y naturales ya conocidas, y **no se accede** al pedimento de la prisión domiciliaria, bajo ninguna modalidad, por las razones expuestas; **(ii) SE REVOCA** parcialmente el numeral tercero de la sentencia sobre «*librar orden de captura en forma inmediata*», en su lugar, se dispone que la orden de captura se librará una vez cobre ejecutoria la sentencia de condena; **(iii)** contra esta decisión procede casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NELSON SARAY BOTERO
Magistrado

CLAUDIA PATRICIA VÁSQUEZ TOBÓN

Magistrada



JESÚS GÓMEZ CENTENO
Magistrado