



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal
Sala de Decisión de Tutelas n.º 1

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

Magistrado Ponente

STP2239-2023

Radicación N.º. 129022

Aprobado según acta n.º 042

Bogotá D.C., siete (7) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

I. ASUNTO

1. Decide la Sala la impugnación interpuesta por el accionante PEDRO PABLO MORENO ABELLA a través de su apoderada judicial, contra el fallo de tutela proferido el 26 de enero de 2023, por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que negó el amparo de sus derechos fundamentales a la defensa, al debido proceso, y acceso a la administración de justicia, presuntamente vulnerados por los Juzgados 6º de Ejecución de Penas y 9º Penal del Circuito Especializado, ambos de la mencionada ciudad.

II. HECHOS

2. Así los expuso la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá:

El señor PEDRO PABLO MORENO ABELLA, actualmente privado de la libertad en el Centro Penitenciario y Carcelario de Bogotá LA MODELO, acudió al presente mecanismo excepcional y subsidiario, a fin de que se protejan sus derechos fundamentales a la defensa, debido proceso y acceso a la administración de justicia, presuntamente vulnerados por los Juzgados 6° de Ejecución de Penas y 9° Penal del Circuito Especializado, ambos de Bogotá.

En extensos y farragosos argumentos, señala que el Juzgado 6 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, encargado de vigilar la condena que le fue impuesta dentro del Rad. 202100716 por el delito de concierto para delinquir con fines de narcotráfico, mediante auto del 27 de octubre de 2022, confirmado por el Juzgado 9 Penal del Circuito Especializado en proveído del 14 de diciembre siguiente, le negó la concesión de la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia de su hijo discapacitado y nieto menor de edad, quienes afirma, se encuentran en estado de desprotección.

Sostiene que las determinaciones adoptadas por los anotados despachos, adolecen de una adecuada e insuficiente motivación, producto de la ausencia de total de los elementos probatorios que en su sentir, demuestran que es el único que puede velar por el cuidado, manutención y protección de sus congéneres.

Pone de presente también, que la negativa al sustituto se fundó en la presunta existencia de un registro penal, soportado en una sentencia judicial que, afirma, no se encuentra en firme, y por tanto no puede considerarse como antecedente judicial.

En suma, considera que los hechos narrados constituyen una vulneración a sus derechos fundamentales a la defensa, debido proceso y acceso a la administración de justicia, por lo que solicita se ordene la nulidad de las decisiones que negaron el sustituto deprecado, por haber incurrido los juzgados en vías de hecho en su contra.”

III. FALLO IMPUGNADO

3. La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante sentencia del 26 de enero de 2023, declaró improcedente el amparo de los derechos fundamentales invocados, en razón a que las providencias censuradas se encontraban ajustadas a derecho, pues se fueron debidamente motivadas y en las mismas, se indicaron las razones jurídicas por las cuales no procedía el reconocimiento de la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia.

Destacó que, las decisiones calificadas por el accionante, como inmotivadas y carente de análisis probatorios, se fundamentan en el estudio acucioso de los

presupuestos contenidos en la Ley 750 de 2002, amén de las particulares condiciones socio-familiares que caracterizan el entorno de PEDRO PABLO MORENO ABELLA, donde a pesar de la inexistencia por muerte de la progenitora y abuela de sus descendientes, se cuenta con la presencia de la hija de MORENO ABELLA, madre del nieto que se reporta “desprotegido”, y respecto de la cual no se demostró ninguna discapacidad cognitiva y/o física para velar por el menor; así mismo, con una hermana de aquél, quien a pesar de no convivir permanentemente con los descendientes del actor, tiene la posibilidad y el deber de velar por los cuidados, protección y manutención de su familia extensa.

Concluyó que, no resulta posible discutir las decisiones de los juzgados accionados por esta vía, en tanto ello escapa por completo a la competencia del juez de tutela, pues no se puede pretender convertir en una tercera instancia esta acción constitucional para debatir aspectos que corresponde definir a la respectiva autoridad judicial, máxime cuando el accionante interpuso y acudió a los recursos que tenía a su alcance, mismos a los que se les dio el trámite y la decisión correspondiente en acatamiento del debido proceso señalado para tal fin, por lo que no es procedente plantear las controversias que estime pertinentes frente a las decisiones judiciales censuradas a través de este mecanismo, debiéndose destacar la residualidad y subsidiariedad de la tutela en tales eventos.

En consecuencia, declaró improcedente la tutela.

IV. IMPUGNACIÓN

4. Inconforme con el fallo, la apoderada del actor lo impugnó con fundamento en que las autoridades judiciales demandadas no motivaron en debida forma las razones jurídicas por las cuales no procedía el reconocimiento de la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia y omitieron valorar *“a pesar de la prueba que lo demuestra”*.

Recalcó que, la acción de tutela se presentó *“a favor de estas personas, más que con la intención de desprisionalización (sic) del condenado – tema que advertimos genera todo tipo de reacciones- contiene la intención real de buscar la protección de los derechos de esas personas, excesivamente humildes, excesivamente desprotegidas, y con un presente excesivamente incierto, y triste.”*

En consecuencia, solicitó *“se proceda a la revocatoria integral de esta providencia, y se ordene al desatarse la impugnación que el Juzgado Sexto de Ejecución de Penas de Bogotá, resuelva la solicitud de prisión domiciliaria, con fundamento en la integralidad de la prueba aportada e igualmente exponga motivadamente las razones por las cuales eventualmente no acepte su contenido y capacidad demostrativa.”*

V. CONSIDERACIONES

5. De conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, modificado por el Decreto 333 de 2021, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para resolver la impugnación instaurada contra el fallo emitido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

6. Dispone el artículo 86 de la Constitución Política, y así lo reitera el artículo 1° del Decreto 2591 de 1991, que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que la ley contempla; amparo que solo procederá si el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

7. En sede de impugnación, el juez constitucional debe verificar el contenido de la misma, en contraste con el acervo probatorio y el fallo, tanto que, si a su juicio la sentencia carece de fundamento, procederá a revocarla o de lo contrario la confirmará, tal como lo dispone el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, por el cual se regula el trámite constitucional.

8. En atención a la censura propuesta por el recurrente, es necesario recordar que esta acción procede de manera excepcional frente a providencias judiciales; y su prosperidad va ligada al cumplimiento de estrictos requisitos de procedibilidad (generales y específicos), que implican una carga para la parte demandante, tanto en su planteamiento, como en su demostración.

8.1 Los primeros se concretan a que: **i)** la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional; **ii)** se hayan agotado todos los medios –*ordinarios y extraordinarios*– de defensa judicial, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio irremediable; **iii)** se cumpla el requisito de la inmediatez; **iv)** cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora; **v)** el accionante identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible y; **vi)** no se trate de sentencias de tutela¹.

8.2 Mientras que los específicos, implican la demostración de, por lo menos, uno de los siguientes vicios: **i)** *defecto orgánico* (falta de competencia del funcionario judicial); **ii)** *defecto procedimental absoluto* (desconocer el procedimiento legal establecido); **iii)** *defecto fáctico* (que la

¹ CC C-590/05; T-780/06; T-332/12 -entre otras.

decisión carezca de fundamentación probatoria); **iv)** *defecto material o sustantivo* (aplicar normas inexistentes o inconstitucionales); **v)** *error inducido* (que la decisión judicial se haya adoptado con base en el engaño de un tercero); **vi)** *decisión sin motivación* (ausencia de fundamentos fácticos y jurídicos en la decisión); **vii)** *desconocimiento del precedente* (apartarse de los criterios de interpretación de los derechos definidos por la Corte Constitucional) y **viii)** *violación directa de la Constitución* (CC C-590/05).

9. Por ende, en atención a la presunción de acierto y legalidad de las decisiones judiciales, su prosperidad está atada a que se demuestren evidentes vías de hecho concretadas en los requisitos específicos de procedibilidad, como los enunciados anteriormente.

10. Por el contrario, cuando lo único que se pretende es insistir en puntos que ya fueron planteados ante los jueces ordinarios, con el ánimo de que el juez de tutela aborde nuevamente el debate, la acción resulta improcedente.

11. Caso concreto

11.1 En esta ocasión, PEDRO PABLO MORENO ABELLA a través de su apoderada, censura los autos proferidos el 27 de abril y 14 de diciembre de 2022, por los Juzgados 6° de Ejecución de Penas y 9° Penal del Circuito Especializado, ambos de Bogotá, por medio de los cuales, respectivamente, negó y confirmó la negativa de

conceder a MORENO ABELLA la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia. Considera vulnerados sus derechos fundamentales; pues, en su criterio, no fueron valorados los elementos con que se acreditó que sí debe reconocerse dicho beneficio no en su favor, sino en *“protección de los derechos de esas personas, excesivamente humildes, excesivamente desprotegidas, y con un presente excesivamente incierto, y triste.”*

11.2 En el presente asunto se observa que PEDRO PABLO MORENO ABELLA solicitó la concesión de la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia, ante el juzgado que vigila su condena, por lo cual, mediante auto interlocutorio del 27 de octubre de 2022 le fue negado, con fundamento en que MORENO ABELLA registra un antecedente penal, tras haber sido condenado por un delito doloso, y, además, no se evidenció que ostentara la condición de padre cabeza de familia.

(i) Respecto al antecedente penal que reporta PEDRO PABLO MORENO ABELLA, sostuvo:

«Ahora bien, revisando los requisitos, tenemos que de entrada y sin ahondar en más consideraciones, la figura analizada contiene una prohibición expresa a personas quienes registren antecedentes penales, salvo por delitos culposos o delitos políticos, siendo este el caso analizado pues de conformidad con el oficio S-20210508259/ARAI-GRUCI 1.9 del 16 de noviembre de 2021 el sentenciado registra un antecedente judicial, pues fue condenado por el Juzgado 70

Penal Municipal de Bogotá por el delito de inasistencia alimentaria. Como quiera que el sentenciado fue condenado por el delito doloso que le genera antecedente penal, en el presente caso no procede el subrogado».

(ii) Sobre que no se evidenció que ostentara la condición de padre cabeza de familia, indicó lo siguiente:

«Adicionalmente, del escrito presentado no se evidencia que el sentenciado ostente la condición de cabeza de familia, puesto que su hijo mayor de edad en situación de discapacidad y su nieto menor de edad se encuentran al cuidado de la hija mayor de edad Karol Julieth Moreno Monroy y otros familiares como Alejandra, otra hija mayor del sentenciado, pues no se evidencia que se encuentra en estado absoluto de abandono, desprotección o peligro.

Ahora bien, se indicó que Karol Julieth Moreno Monroy padece obesidad mórbida, sin embargo, dicha patología por i sola no impide velar por el cuidado de su hijo y de su hermano en situaciones de discapacidad, pues se itera, adicionalmente cuenta con el apoyo de su hermana Alejandra de 26 años».

11.3 La anterior decisión, fue revisada en sede de segunda instancia por el Juzgado 9° Penal del Circuito Especializado de Bogotá, quien, mediante auto del 14 de diciembre de 2022, concluyó que la decisión adoptada por el Juzgado 6° de Ejecución de Penas se encuentra ajustada a derecho, al punto precisó:

«No se probó su condición de padre cabeza de familia, **pues las pruebas allegadas no permiten evidenciar que tenga bajo su cargo afectiva, económica y socialmente a su hijo mayor de edad** en condición de discapacidad, ni a su nieto; más si, a partir de las mismas, se denota que ostenta únicamente la condición de progenitor y abuelo (...) Igualmente, no se aclaró por qué la señora Karol Julieth o los demás miembros de su familia, no se pueden hacer cargo del hijo y nieto en condición de discapacidad y mucho menos se aportaron elementos en los que se evidencie que aquella presenta alguna dificultad cognitiva o que por su avanzada edad, o por el padecimiento de alguna enfermedad especial, no puede asumir ese rol; a ello se suma que con ocasión de la visita domiciliaria realizada por una asistente social, no se avizoró que aquellos se encuentren en situación de abandono. (Negrillas de la Corte).

Lo anterior, para evidenciar que la decisión del a quo no tuvo como único soporte y fundamento lo determinado en el informe de visita domiciliaria referido, sino que la negativa en la concesión del beneficio deprecado por el sentenciado, se debió a que como el mismo señaló, tanto el hijo como el nieto del condenado cuentan con la ayuda de su hermana y demás familiares, y que se encuentran bajo su tutela, de lo que se desprende que ella es la persona que está velando por las necesidades tanto afectivas, sociales y económicas de su hijo y nieto, es decir, que es quien realmente ostenta la calidad de madre cabeza de familia, por lo que resulta claro que no se encuentra cumplido el requisito legal de la deficiencia de los demás miembros del núcleo familiar, que además, comprende miembros de la familia extensa, y de la lectura detallada de los elementos allegados, como ya se señaló, se evidencia que

el sujeto respecto de quien se alega la desprotección, puede contar con otros parientes, respecto de quienes se itera no se realizó manifestación alguna, ni se alegó incapacidad de trabajar o de hacerse cargo.»

11.4 De acuerdo con lo anterior, se constata que la negación de la concesión de la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia, se fundamentó, por una parte, en que, MORENO ABELLA registra un antecedente penal, tras haber sido condenado por un delito doloso, y, por otra, porque, luego de analizarse los documentos aportados con la solicitud, se concluyó por parte de los Juzgados 6° de Ejecución de Penas y 9° Penal del Circuito Especializado, ambos de Bogotá, que no se acreditó que ostentara la condición de padre cabeza de familia.

11.5 De tal modo, no se advierte una situación lesiva de los derechos del actor propia de un defecto específico, al verificarse que lo decidido por las instancias se mantiene dentro del margen de razonabilidad propio de la actividad judicial.

En ambas instancias se estimó inviable la concesión de beneficio anhelado por la accionante. En efecto, al momento de analizar la procedencia de la prisión domiciliaria, es deber del juez executor verificar el cumplimiento de los requisitos de orden objeto y subjetivo previstos en la Ley 750 de 2002, decisión que fue confirmada por el fallador.

12. La noción jurídica de cabeza de familia está contenida en el artículo 2° de la Ley 82 de 1993 *“Por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia”*, modificado por el artículo 1° de la Ley 1232 de 2008:

“... 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”.

12.1 El derecho de la mujer cabeza de familia, consistente en purgar la pena privativa de la libertad en su residencia, está contenido en el artículo primero de la Ley 750 de 2002, *“por la cual se expiden normas sobre el apoyo de manera especial, en materia de prisión domiciliaria y trabajo comunitario a la mujer cabeza de familia”*, que expresa:

“Artículo 1°. La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá, cuando la infractora sea mujer cabeza de familia, en el lugar de su residencia o en su defecto en el lugar señalado por el juez en caso de que la víctima de la conducta punible resida en aquel lugar, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

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

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

12.2 Como se aprecia, por voluntad del legislador, en principio, los implicados en los delitos mencionados y quienes registren antecedentes penales, no pueden acceder a la prisión domiciliaria, así se demuestre respecto de ellos la condición de *cabeza de familia*.

12.3 La Corte Constitucional, en la Sentencia C-184 del 4 de marzo de 2003, declaró exequible al artículo 1° de la Ley 750 de 2002, en el entendido que la condición de *cabeza de familia* se predica también de los hombres que se encuentren en las mismas circunstancias. La mencionada Corporación hizo, entre otras, las siguientes precisiones:

“Sin embargo, los derechos de las niñas y de los niños, pese a su especial protección, dentro de un estado social y democrático de derecho como el colombiano tienen límites como cualquier otra garantía constitucional (...).”

“De esta manera, la jurisprudencia constitucional considera, por una parte, que es legítimo para el legislador introducir derechos en materia penal a mujeres que se encuentran privadas de la libertad, como por ejemplo la prisión domiciliaria; pero por otra, considera que no concederla a una mujer cabeza de familia cuando ésta pone en riesgo la seguridad de la comunidad y puede representar una amenaza para los derechos de los asociados, es legítimo, porque es constitucional restringir esa posibilidad en tales condiciones.”

12.4 Como se observa, para la eventual sustitución de la pena en establecimiento carcelario, por prisión domiciliaria, no solamente se requiere demostrar que un implicado es padre o madre *cabeza de familia*, en la concepción jurídica del término; sino, además, descartar la presencia de antecedentes por delitos dolosos de aquellos excluidos; y acreditar que el desempeño personal, laboral, familiar o social del infractor 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 con incapacidad mental permanente.

12.5 No obstante, con la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Penal (*Ley 906 de 2004*), en materia de detención domiciliaria y sustitución de la prisión en establecimiento carcelario, en atención a la calidad de madre o padre *cabeza de familia*, se abrió la posibilidad de aplicar el numeral 5° del artículo 314 y el artículo 461, respectivamente, de esa reglamentación.

12.6 Aparentemente, para conceder la detención domiciliaria, el numeral 5° del artículo 314 de la Ley 906 de 2004, sólo exige la demostración de la calidad de madre o padre *cabeza de familia*; y al parecer esta norma prescindió de considerar el desempeño personal, laboral, familiar o social, el peligro para la comunidad y la evasión, a que alude el artículo 38 del Código Penal (*Ley 599 de 2000*), cuando se trata de prisión domiciliaria en general.

12.7 Por su parte, el artículo 461 de la Ley 906 de 2004, relativo a la “*sustitución de la ejecución de la pena*”, establece que el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad podrá ordenar la sustitución de la ejecución de la pena, previa caución, en los mismos casos de la sustitución de la detención preventiva (*artículo 314 ibídem*).

12.8 Empero, como se verá, los artículos 314 y 461 de la Ley 906 de 2004, no derogaron al artículo 1° de la Ley 750 de 2002; de modo que no es suficiente acreditar la calidad de *cabeza de familia* para acceder a la sustitución; pues, al mismo tiempo se debe efectuar el análisis de las condiciones subjetivas que este último precepto menciona.

12.9 Ciertamente, la Sala de Casación Penal, en Sentencia de 22 de junio de 2011 (*radicación 35943*), dejó claro que la aplicación favorable de los artículos 314 y 461 de la Ley 906 de 2004, no se puede interpretar en el sentido de que estas normas derogaron o dejaron sin efectos al artículo 1°

de la Ley 750 de 2002; y, por lo tanto, para conceder la sustitución por domiciliaria, no es suficiente acreditar la calidad de *cabeza de familia*, sino que deben analizarse otra serie de variables relacionadas con los antecedentes y el comportamiento personal, familiar y social del implicado:

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

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

12.10 La Corte Suprema de Justicia, está a tono con lo advertido por la Corte Constitucional en la Sentencia C-184 de 2003, en el sentido que la sustitución de la detención o prisión en cárcel, por domiciliaria al padre o madre *cabeza*

de familia, no es un derecho absoluto; ni aun cuando se anteponga la prevalencia de los derechos de los niños.

12.11 No debe perderse de vista que, si bien, la sustitución de la detención en establecimiento carcelario por domiciliaria por la condición de madre o padre *cabeza de familia*, se estableció para garantizar los derechos superiores de los niños, también es cierto que apareja un franco beneficio para el procesado; y al conjugar los dos, puede resultar improcedente la sustitución, en atención a que es factible restringir los derechos de los niños por razones constitucionales y porque ser madre o padre *cabeza familia* no autoriza a delinquir, bajo la esperanza infundada de que, en todo caso, la pena se pagará en el domicilio.

12.12 Por el contrario, militan argumentos derivados del bloque de constitucionalidad, de la Constitución Política, de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la ley, que a través de una articulación lógica, sistemática y axiológica permiten concluir que la condición de madre o padre *cabeza de familia* no configura por sí sola una especie de franquicia o patente para que las personas que ostentan tal calidad, puedan purgar la pena de prisión en su domicilio, anteponiendo como excusa el derecho superior de sus hijos menores de edad a tener una familia; sin consideración de ninguna especie.

12.13 Las restricciones descritas en los puntos anteriores conducen a deducir en modo evidente, que la sola

calidad de madre o padre *cabeza de familia* no autoriza en todos los casos y prescindiendo de cualquier análisis, la concesión de la detención ni de la prisión domiciliaria; sino que, por el contrario, es preciso discernir sobre tópicos como la naturaleza del delito, la edad de las víctimas, los antecedentes de los implicados y su eventual reiteración en las conductas punibles.

13. Tomando como base conceptual en conjunto los planteamientos anteriores, al analizar la situación de PEDRO PABLO MORENO ABELLA, se concluye los Juzgados 6° de Ejecución de Penas y 9° Penal del Circuito Especializado, ambos de Bogotá, mediante autos proferidos el 27 de abril y 14 de diciembre de 2022, por medio de los cuales, respectivamente, negó y confirmó la negativa de conceder a MORENO ABELLA la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia, si analizaron los documentos que se aportaron la solicitud y dicha tarea fue la que les permitió concluir que: «*No se probó su condición de padre cabeza de familia, pues las pruebas allegadas no permiten evidenciar que tenga bajo su cargo afectiva, económica y socialmente a su hijo mayor de **edad** en condición de discapacidad, ni a su nieto; más si, a partir de las mismas, se denota que ostenta únicamente la condición de progenitor y abuelo (...)*»

14. Observa la Sala que los Juzgados accionados fueron enfáticos en explicar que de ninguna manera se acreditó que los menores (*hijo y nieto del implicado*) dependan exclusivamente de él para todo efecto, económico asistencial

y afectivo; y contrario a ello, encontraron que aquéllos contaban con el apoyo de otros familiares cercanos.

15. Luego, resulta claro que los funcionarios accionados dieron aplicación a la normatividad que regula la prisión domiciliaria cuando se trata de madres o padres cabeza de hogar, de manera que, la decisión que la negó por expresa prohibición legal en modo alguno estructura alguna causal específica de procedibilidad de la tutela que torne viable el amparo deprecado, toda vez que está debidamente sustentado y con apego al ordenamiento jurídico vigente, cimentada además en los elementos de juicio obrantes en el proceso, lo cual imposibilita la intromisión del juez constitucional, con mayor razón si el demandante acudió a los mecanismos adecuados para reclamar el derecho y a través de ellos pudo exponer su inconformidad, como bien lo refirió el Juzgado Especializado.

16. En tal sentido, no observa la Corte que la conclusión de los servidores en sus respectivas determinaciones esté incurra en alguna de las causales específicas de procedibilidad, en cambio, a partir de una debida y razonada interpretación de la norma, se dejó suficientemente claro que el artículo 1° de la Ley 750 de 2002 contempla la posibilidad de cumplir la pena de prisión en el domicilio para quien tenga la condición de madre cabeza de familia, figura que se extendió a los hombres en esa misma situación en sentencia C-184 de 2003, pero a su vez impide su aplicación para aquellos que hayan sido condenados por delitos dolosos, y en

el presente asunto, el Juzgado que vigila la condena impuesta a MORENO ABELLA indicó que “ *de conformidad con el oficio S-20210508259/ARAIC-GRUCI 1.9 del 16 de noviembre de 2021 el sentenciado registra un antecedente judicial, pues fue condenado por el Juzgado 70 Penal Municipal de Bogotá por el delito de inasistencia alimentaria. Como quiera que el sentenciado fue condenado por el delito doloso que le genera antecedente penal, en el presente caso no procede el subrogado*».

17. De esta manera, las consideraciones plasmadas por los funcionarios para denegar el citado beneficio, no es dable controvertirlas a través de este medio porque no obran razones para calificarlas de arbitrarias, ilegítimas, caprichosas o irracionales, razón por la cual la tutela no puede utilizarse aduciendo defectos inexistentes, menos cuando lo único que se aprecia es la inconformidad del petente frente a la conclusión que obtuvo a su pedimento con la simple intención de que su criterio prevalezca, lo que no tiene la posibilidad de prosperar, al ser contrario a la naturaleza del mecanismo constitucional.

18. Así las cosas, el razonamiento de las autoridades no puede controvertirse en el marco de la acción de tutela, cuando de manera alguna se percibe ilegítimo o caprichoso. Entendiendo, como se debe, que la misma no es una herramienta jurídica adicional, que en este evento se convertiría prácticamente en una tercera instancia, no es adecuado plantear por esta senda la incursión en causales

de procedibilidad, originadas en la supuesta arbitrariedad en la interpretación de las reglas aplicables al asunto, valoraciones probatorias o en el aislamiento a los lineamientos jurisprudenciales sobre el caso debatido.

En el anterior contexto, se confirmará el fallo impugnado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal – en Sala de Decisión de Acciones de Tutela N° 1, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

V. RESUELVE

1. **Confirmar** el fallo de tutela impugnado.
2. **Notificar** a los sujetos procesales el presente fallo, por el medio más expedito.
3. **Envíese** la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro del término indicado en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese y cúmplase

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

Sala Casación Penal @ 2023