



Sentencia T-534/17

Referencia: Expediente T-5.956.282

Acción de tutela presentada por *Fabricio* contra la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de *Ciudad Azulada*.

Procedencia: Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

Asunto: Tutela contra providencias judiciales que denegaron la solicitud de prisión domiciliaria fundada en la condición de padre cabeza de familia.

Magistrada sustanciadora:
GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá, D. C., treinta (30) de agosto de dos mil diecisiete (2017)

La Sala Quinta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, integrada por el Magistrado Iván Humberto Escrucería Mayolo (e.) y por las Magistradas Cristina Pardo Schlesinger y Gloria Stella Ortiz Delgado, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo de tutela emitido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia el 9 de diciembre de 2016, mediante el cual se confirmó la decisión dictada el 8 de noviembre de 2016, por la Sala de

Casación Penal de esa misma Corporación que negó las pretensiones invocadas en la presente acción de tutela.

El asunto fue recibido por esta Corporación el 19 de enero de 2017, por remisión que realizó la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, según lo ordenado por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991. El 27 de enero de 2017, la Sala de Selección de Tutelas Número Uno lo escogió para su revisión.

Aclaración previa

Como quiera que en el presente caso se estudiará la situación de un menor de edad, la Sala advierte que como medida de protección de su intimidad, es necesario suprimir de esta providencia y de toda futura publicación de la misma, el nombre del niño y el de sus familiares, y los datos e informaciones que permitan conocer su identidad.

En consecuencia, para efectos de identificar a las personas, y para mejor comprensión de los hechos que dieron lugar a la acción de tutela de la referencia, se han cambiado los nombres reales del menor de edad y de sus familiares por unos ficticios¹, que se escribirán en letra cursiva. Del mismo modo, los nombres de los municipios en los que sucedieron los hechos se reemplazarán por unos ficticios.

I. ANTECEDENTES

A. Hechos y pretensiones

1. *Fabricio* tiene 2 hijos, *José Francisco* y *José Alberto* de 8 y 18 años de edad respectivamente, y aduce que es padre de cabeza de familia desde el 6 de agosto de 2014, cuando en conciliación celebrada en la Casa de Justicia de *Ciudad Azulada* la madre de sus hijos le otorgó la custodia exclusiva por “*dificultades económicas y emocionales*”² que le impedían continuar con su cuidado.
2. El accionante indica que proveía los cuidados, afecto y atención, y satisfacía todas las necesidades económicas y emocionales de sus hijos, de forma exclusiva, hasta que en el año 2015 fue recluido en centro carcelario como consecuencia de la pena de 54 meses de prisión, a la que fue condenado por el Juzgado Primero Penal Especializado de *Ciudad Azulada* el 31 de agosto de 2015, por los delitos de concierto para delinquir agravado en concurso con fabricación, porte y tráfico de estupefacientes.

¹ La decisión de excluir de cualquier publicación los nombres originales de menores de edad implicados en procesos de tutela y de los de sus familiares ha sido adoptada -entre otras- en las siguientes sentencias: T-523 de 1992, T-442 de 1994, T-420 de 1996, T-1390 de 2000, T-1025 de 2002 y T-510 de 2003.

² Folio 1, cuaderno 1.

3. El 11 de noviembre de 2015, el actor elevó petición ante el Juzgado 4° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de *Ciudad Azulada* con el propósito de que se sustituyera la detención en establecimiento carcelario por reclusión en su lugar de residencia, con base en lo previsto en el artículo 314-5 del Código de Procedimiento Penal.

El accionante fundó la solicitud en (i) su condición de padre cabeza de familia; (ii) su nivel de arraigo y perfil adecuado para obtener la prisión domiciliaria y (iii) la grave afectación de las condiciones de vida de sus hijos, ya que están al cuidado de la empleada doméstica y su manutención está a cargo de *Mercedes*, abuela paterna de los niños, quien tiene una pérdida de capacidad laboral del 76% y no cuenta con los ingresos suficientes para preservar las condiciones materiales de vida de aquéllos.

El actor refirió el concepto de padre cabeza de familia de acuerdo con la definición legal y jurisprudencial, resaltó la prevalencia del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, y los criterios jurisprudenciales sobre el beneficio de prisión domiciliaria, relacionados principalmente con la demostración de la condición de padre cabeza de familia.

4. Como soporte de la petición, el actor aportó el informe rendido el 9 de octubre de 2015 por la Trabajadora Social de la Comisaría Segunda de Familia de *Ciudad Azulada* sobre las condiciones sociales, económicas y familiares de *José Alberto* y *José Francisco*.
5. En auto de **29 de marzo de 2016**, el Juzgado 4° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de *Ciudad Azulada* denegó la solicitud de prisión domiciliaria elevada por el actor.

Como fundamento de la decisión, el juez indicó que de acuerdo con la jurisprudencia vigente de la Sala de Casación Penal la concesión de la prisión domiciliaria exige comprobar la condición de padre o madre cabeza de familia; determinar el grado de desprotección del niño, niña o adolescente; establecer la ausencia de otra figura paterna o familiar encargada de su protección, cuidado y sustento, y considerar la naturaleza del delito.

En concordancia con lo anterior, señaló que en el caso bajo examen si bien se demostró que *Fabricio* es padre cabeza de familia, sus hijos cuentan con su madre, quien tiene la obligación de asumir su protección integral; su abuela paterna les brinda todo lo necesario para su subsistencia y cuentan con los cuidados de la señora *María*, empleada doméstica de la familia desde hace varios años.

Con base en esas circunstancias, en atención a la gravedad de la conducta cometida por el peticionario y a las finalidades de la pena, el juez denegó la solicitud elevada por el actor.

Finalmente, como consecuencia de las manifestaciones realizadas por Mercedes en la visita domiciliaria efectuada el 25 de enero de 2016, en la que indicó que la madre de sus nietos no se ha encargado de su cuidado integral, el juez ofició al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar “*a fin de que la señora Mercedes, madre de los menores José Alberto y José Francisco algún miembro de la familia extensa de los mismos, asuma su custodia y manutención*”³.

6. En auto de **8 de agosto de 2016**, la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de *Ciudad Azulada* estudió el recurso de apelación formulado por el actor en contra del auto que denegó la petición de prisión domiciliaria y lo confirmó.

El juez de segunda instancia consideró la noción de padre o madre cabeza de familia y refirió la especial finalidad de la prisión domiciliaria bajo esa causal, relacionada con la protección del interés superior de los niños, niñas y adolescentes. Sin embargo, precisó que el otorgamiento de esa medida debe atender a las condiciones de los sujetos de especial protección y a la existencia de una manifiesta situación de indefensión, pues “*el beneficio deprecado se concibió para casos especiales, en los cuales aquellos queden en absoluto y total desamparo (...)*”⁴.

En atención a esas consideraciones, la Sala Penal indicó que en el acta de conciliación aportada como fundamento de la solicitud la madre de *José Alberto y José Francisco* no se desligó por completo de sus deberes y no obra algún elemento de prueba que muestre la imposibilidad de asumirlos; destacó las observaciones del estudio sociofamiliar, en el que se señaló que la madre del actor le provee el sustento económico a los hijos de aquél y que estos también cuentan con los cuidados de *María*, empleada del hogar durante muchos años.

Finalmente, indicó que los elementos de prueba aportados con la solicitud, dirigidos a demostrar las circunstancias laborales y personales del accionante no dan cuenta de la situación de sus hijos y por esa razón resultan impertinentes para fundar la petición de prisión domiciliaria.

Fundamentos de la acción de tutela

7. *Fabricio* formuló acción de tutela en contra de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de *Ciudad Azulada* para lograr que, como medida de restablecimiento de sus derechos, se deje sin efecto el auto dictado

³ Folio 42, cuaderno 1.

⁴ Folio 49, cuaderno 1.

el 8 de agosto de 2016 y, en su lugar, se conceda la prisión domiciliaria que solicitó en su calidad de padre cabeza de familia.

El actor adujo que las decisiones judiciales que denegaron la sustitución de la medida incurrieron en **defecto fáctico**, debido a que no consideraron algunas de las circunstancias de sus hijos que fueron acreditadas para sustentar la solicitud, particularmente: (i) la afectación emocional que les ha provocado la ausencia de la figura paterna, (ii) que su progenitora no ha asumido los deberes de protección y cuidado, y (iii) la afectación de sus condiciones materiales de vida, debido a que los esfuerzos emprendidos por *Mercedes* resultan insuficientes.

7.1. El peticionario indicó que las decisiones judiciales no valoraron las pruebas aportadas que dan cuenta de su rol como padre cabeza de familia y la afectación de los derechos de sus hijos. En particular, destacó la falta de evaluación del concepto emitido por el Trabajador Social del Centro de Servicios Administrativos de los juzgados de ejecución de penas y medidas de seguridad, quien certificó que, como padre, cubría las necesidades económicas, afectivas y emocionales de *José Alberto* y *José Francisco*.

7.2. El accionante también cuestionó la falta de valoración de la afectación emocional padecida por sus hijos como consecuencia de la ausencia de la figura paterna, la cual se demostró con la historia clínica del joven *José Alberto*, el informe realizado por la Comisaría Segunda de Familia de *Ciudad Azulada* y la constancia expedida por médico psiquiatra y terapeuta.

7.3. El actor adujo que las consideraciones expuestas por los jueces accionados sobre las obligaciones de protección y cuidado en cabeza de la madre de *José Alberto* y *José Francisco* desconocen: (i) el acta de conciliación aportada en la que le entregó la custodia de aquellos y alegó dificultades económicas y emocionales para ejercerla, y (ii) las declaraciones rendidas por *Mercedes* en las que precisó que desconoce la ubicación de la señora *Julieta*, además las comunicaciones con sus hijos son esporádicas.

Para el demandante, la referencia que hicieron las autoridades judiciales sobre los deberes que tiene la madre de sus hijos corresponde a un argumento formal que desconoce la situación acreditada en el trámite, le impone una carga desproporcionada para acceder a la prisión domiciliaria y le traslada las consecuencias negativas del incumplimiento de las obligaciones por parte de la progenitora.

7.4. El peticionario señaló que los argumentos expuestos por los jueces accionados sobre los cuidados y apoyo brindado a sus hijos por la señora *Mercedes*, desconocieron los elementos de prueba que demuestran que, a pesar de los esfuerzos emprendidos, no logra satisfacer todas las necesidades de *José Alberto* y *José Francisco*.

El actor cuestionó la falta de valoración de las circunstancias de su madre, ya que se trata de una persona de la tercera edad, se le dictaminó pérdida de capacidad laboral del 76.9% y se le dificulta obtener recursos para la manutención de sus nietos. También extrañó la valuación de los elementos que demuestran que el apoyo proveniente de la abuela paterna es estrictamente económico, ya que *José Alberto* y *José Francisco* están al cuidado de la señora *María*, empleada doméstica de la familia desde hace varios años, y además es insuficiente.

Desconocimiento del precedente

8. El peticionario destacó que la jurisprudencia constitucional ha reconocido que la reclusión en el lugar de residencia también cobija a los padres cabeza de familia, resaltó el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, e indicó que esta Corporación y la Sala de Casación Penal han otorgado prisión domiciliaria en casos en los que los peticionarios se encontraban en circunstancias similares a las suyas. En particular, para el demandante las decisiones judiciales que denegaron la solicitud que elevó desconocieron la **sentencia T-705 de 2013**⁵ proferida por la Sala Sexta de Revisión y a la **sentencia emitida el 14 de mayo de 2013** (exp.66744) por la Sala de Casación Penal⁶.

Finalmente, el accionante señaló que en su caso concurren los requisitos establecidos en la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal⁷ para el otorgamiento de la prisión domiciliaria, debido a que: (i) no cuenta con antecedentes penales previos al delito por el que fue condenado; (ii) ha tenido buena conducta en el lugar de reclusión, en el que además ha desempeñado labores de enseñanza; (iii) no hay riesgo de fuga, ya que cumplió más de la mitad de la condena, tiene arraigo familiar y un proyecto de vida prestablecido, pues trabajaba como técnico aeronáutico y adelantaba 6° semestre de la carrera de derecho; (iv) está de por medio el interés superior de sus hijos, y (v) está probada la situación de indefensión de *José Alberto* y *José Francisco* y la afectación de sus derechos como consecuencia de la ausencia de “*figuras paternas*”⁸.

B. Actuaciones procesales en sede de tutela

Mediante auto del 26 de octubre de 2016, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia admitió la acción de tutela y ordenó su traslado a las autoridades judiciales accionadas para que se pronunciaran sobre la solicitud de amparo.

C. Respuestas de las entidades

⁵ M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

⁶ M.P. Javier Zapata Ortiz.

⁷ Citó la sentencia 66744 del 14 de mayo de mayo de 2013 M.P. Javier Zapata Ortiz.

⁸ Folio 3, cuaderno 1.

Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de *Ciudad Azulada*

La autoridad judicial accionada solicitó que se deniegue la acción de tutela, ya que en el auto proferido el 8 de agosto de 2016, en el que confirmó la decisión emitida por el Juzgado 4° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de *Ciudad Azulada*, valoró los elementos de prueba aportados y determinó, con base en las reglas jurisprudenciales establecidas en la **sentencia C-154 de 2007**⁹ sobre la calidad de padre cabeza de familia, la inviabilidad de la petición formulada por el actor.

Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado con Función de Conocimiento de *Ciudad Azulada*

El juez precisó que, en el marco del proceso núm. XXXXXXXX55, el 31 de agosto de 2015 emitió sentencia en la que condenó a *Fabricio* a la pena de 54 meses de prisión y a la multa de 1.400 s.m.l.v. como responsable del delito de concierto para delinquir agravado en concurso heterogéneo con tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. El fallo se sustentó en el preacuerdo celebrado con la Fiscalía General de la Nación, y en este se denegó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

Asimismo indicó que no se vulneró el derecho al debido proceso del actor, debido a que en el trámite se respetaron las garantías previstas en la normativa vigente, y las providencias en las que se emitió la condena y se denegó la pena sustitutiva se sustentaron en el análisis de las pruebas de acuerdo con las normas regentes.

D. Decisiones proferidas en sede de tutela

Sentencia de primera instancia

Mediante fallo proferido el 8 de noviembre de 2016, la Sala de Decisión de Tutelas número 3 de la Sala de Casación Penal **denegó la protección de los derechos fundamentales** invocada por *Fabricio*.

Como fundamento de la decisión, el *a quo* destacó el carácter excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales y que el actor fundó la solicitud de amparo en los mismos argumentos que expuso en la apelación del auto proferido el 29 de marzo de 2016 por el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de *Ciudad Azulada*.

Luego indicó que la decisión proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de *Ciudad Azulada* analizó todos los elementos de prueba obrantes en el trámite y con base en una argumentación razonable, conforme a las normas y parámetros jurisprudenciales aplicables al caso, consideró improcedente

⁹ M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

otorgarle al peticionario el sustituto de prisión domiciliaria, debido a que no acreditó la condición de padre cabeza de familia y sus hijos no se encontraban en una situación de indefensión.

Finalmente, el juez de primera instancia transcribió los argumentos expuestos por la autoridad judicial accionada, con base en los cuales concluyó que la decisión fue acertada y respondió de forma adecuada a las circunstancias del caso concreto. En consecuencia, advirtió el uso inadecuado de la acción como vía para abrir el debate definido en las instancias ordinarias de decisión.

Impugnación

El accionante impugnó la decisión de primera instancia y solicitó su revocatoria. Como fundamento de la impugnación adujo que el *a quo* no evaluó las circunstancias en las que se sustentó la solicitud de amparo, tales como (i) su condición de padre cabeza de familia, debido a que ejerce de forma absoluta la custodia de sus hijos, (ii) la ausencia de la madre de aquellos, (iii) las dificultades que enfrenta la abuela paterna para proveer el sustento económico y los cuidados que sus hijos necesitan y (iv) la afectación emocional y psicológica de *José Alberto* y *José Francisco*.

Por último, el actor cuestionó la falta de valoración del defecto de desconocimiento del precedente que alegó, pues, a su juicio, la autoridad judicial accionada no consideró que la Corte Constitucional y la Sala de Casación Penal han concedido prisión domiciliaria a personas en circunstancias similares a las suyas.

Sentencia de segunda instancia

Mediante fallo de 9 de diciembre de 2016, **la Sala de Casación Civil confirmó la decisión de primera instancia**, en la que se denegó el amparo de los derechos del actor.

El *ad quem* precisó que, si bien la acción de tutela se dirigió contra los autos que denegaron la petición de prisión domiciliaria elevada por *Fabricio*, determinaría si la decisión proferida por el juez de segunda instancia vulneró los derechos fundamentales del accionante, ya que ésta “(...) *es la que resuelve de manera definitiva la temática objeto del debate en esta sede*”¹⁰

Establecido el objeto de análisis, la Sala indicó que la decisión cuestionada estuvo fundada en una hermenéutica razonable de las normas aplicables y en la valoración de los elementos de prueba aportados, razón por la que cuenta con una motivación adecuada que, a su juicio, descarta la afectación de los derechos fundamentales del actor. Por consiguiente, para el *ad quem*, la solicitud de amparo evidencia el disenso con el criterio jurídico de la autoridad judicial accionada, el cual no habilita la intervención del juez de tutela.

¹⁰ Folio 5, cuaderno 2.

D. Actuaciones en sede de revisión

Primer auto de pruebas

El **16 de febrero de 2017**, la Magistrada sustanciadora profirió auto en el que vinculó al trámite al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -Dirección Regional *La Esperanza*- y a *Julieta*, a quienes les corrió traslado de la acción de tutela y de los documentos obrantes en el trámite constitucional. Asimismo decretó pruebas, dirigidas a establecer la situación de *José Alberto* y *José Francisco* y el lugar de ubicación de su madre.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –Regional La Esperanza -

En su intervención inicial, el ICBF solicitó que se declarara la nulidad del trámite de tutela en aras de verificar el estado de los derechos del niño *José Francisco* y porque, a su juicio, se vulneraron los derechos al debido proceso, defensa y contradicción de *Julieta*.

Asimismo, indicó que las decisiones que denegaron la prisión domiciliaria solicitada vulneraron los derechos de los hijos del actor a tener una familia y a no ser separados de ella, al cuidado y al amor, y a una vida digna “*máxime cuando su progenitora no se hizo cargo de ellos y la persona que si lo estaba haciendo tanto en la parte económica como afectiva, esto es su padre Fabricio fue apartado de ellos sin tener en consideración que realmente podría habersele concedido la detención domiciliaria, pues demostró su condición de padre cabeza de familia(...)*”¹¹

El instituto aportó como documento adjunto la comunicación remitida el 13 de abril de 2016 al Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de *Ciudad Azulada*, en la que informó que archivó el proceso dirigido a establecer la situación de los hijos del demandante, debido a que no contaba con los datos para su ubicación e identificación.

Casa de Justicia de Ciudad Azulada

El conciliador *Luis Enrique* indicó que, a pesar de que intervino en la conciliación celebrada el 6 de agosto de 2014 entre *Fabricio* y *Julieta*, no cuenta con información sobre el lugar de notificación de *Julieta*.

Segundo auto de pruebas

En auto proferido el **14 de marzo de 2017**, la Magistrada sustanciadora (i) ordenó el emplazamiento de la señora *Julieta*; (ii) ordenó la práctica de una inspección judicial a la vivienda habitada por los hijos del accionante; (iii) dispuso la práctica de interrogatorio a *Mercedes* y (iv) le solicitó a la

¹¹ Folio 29, cuaderno 3.

Procuraduría General de la Nación que acompañara las medidas que se adopten en el curso del trámite de tutela por parte del ICBF para la verificación y restablecimiento de los derechos del niño *José Francisco*.

Auto que resolvió la solicitud de nulidad elevada por el ICBF

En auto proferido el 14 de marzo de 2017, la Sala Quinta de Revisión decidió la solicitud de nulidad formulada por el ICBF.

En relación con dicha petición, la Sala concluyó que la nulidad por falta de notificación del ICBF se saneó con su intervención en el trámite y con respecto a la falta de vinculación de la madre de *José Alberto* y *José Francisco* advirtió el incumplimiento del requisito de legitimación en la causa por activa, pues la nulidad fundada en esa causal sólo puede ser alegada por el afectado. En consecuencia, rechazó la solicitud por la circunstancia en mención.

Finalmente, se cuestionaron los fundamentos de la solicitud de nulidad relacionados con la verificación de los derechos del hijo del accionante, ya que el ICBF supeditó el ejercicio de sus deberes legales, y particularmente de su importante función de protección y garantía de los derechos de los niños a las actuaciones del trámite de tutela, a pesar de que estas no condicionan o suspenden sus competencias. Por lo tanto, requirió al instituto para que observara sus obligaciones legales en relación con la posible afectación de derechos de sujetos de especial protección constitucional que advierta en el trámite y rinda informe sobre las actuaciones que adelante para determinar la amenaza o afectación de los derechos del niño *José Francisco*.

Informe de la Oficina Jurídica del ICBF

En atención a las órdenes referidas, el 8 de abril de 2017 la Jefa de la Oficina Jurídica del ICBF remitió informe sobre la gestión adelantada para determinar la posible amenaza o afectación de los derechos de *José Francisco*, en el que indicó lo siguiente:

De acuerdo con la información remitida por el Defensor de Familia adscrito al Centro Zonal *La Paz* -Regional ICBF *La Esperanza*- el 22 de marzo de 2017, el equipo psicosocial intentó en varias oportunidades comunicarse con el abogado del accionante para adelantar la verificación de los derechos del niño sin obtener respuesta, se dirigió a las direcciones del lugar de residencia de los hijos del accionante y de su madre señaladas en el expediente, en las que les indicaron que no los conocían y, a través de las autoridades del Establecimiento Carcelario *Las Flores* se comunicaron con el actor, quien se negó a suministrar información sobre la ubicación de sus hijos.

Asimismo, la defensoría remitió comunicación al Colegio *La Utopía* en el que le informaron que la acudiente registrada de *José Francisco* es su madre,

Julieta, persona con la que se contactaron e indicó que desconoce la ubicación de sus hijos “(...) *tiene poco contacto con el niño, que intentara comunicarse con el progenitor e indagar datos y se comunicará nuevamente con nosotros sin embargo la señora no vuelve a contestar*”¹²

De otra parte, el equipo psicosocial acudió al colegio en mención, en el que el coordinador de talento humano permitió el acceso a la documentación del niño, en particular a la copia del registro civil de nacimiento, contraseña de la tarjeta de identidad y certificación de afiliación al Sistema General del Seguro Social en Salud en el Régimen Contributivo. Asimismo, indicó que *José Francisco* tiene buen rendimiento académico y comportamiento, y que su progenitora es quien asiste a las reuniones y recibe los informes “*reportando que su última asistencia fue el día 24 de marzo de 2017 con el fin de recibir reporte sobre rendimiento académico y disciplinario.*”¹³

Finalmente, el coordinador de la institución educativa señaló que “*el niño sostiene relaciones adecuadas con su grupo de pares, desconociendo alguna situación disfuncional al interior de la familia y reportó que se encuentran al día en temas como el pago de la pensión.*”¹⁴

Con base en la información suministrada en el colegio, la Defensoría de Familia logró entrevistar a la señora *Mercedes*, quién señaló que desde el momento en el que *Fabricio* fue recluido en establecimiento carcelario ha tenido dificultades emocionales y económicas, ya que debe proveer los recursos para mantener la calidad de vida y bienestar de sus nietos, quienes conviven con la señora *María*.

El 29 de marzo de 2017, el equipo psicosocial de la Defensoría de Familia adscrita al Centro Zonal *La Paz*, Regional *La Esperanza* ICBF, conformado por trabajadora social y psicóloga se desplazó a la residencia de los hijos del accionante. En el informe se concluyó, en relación con el actor que “(...) *se denota un apego fuerte, siendo visto como una figura de autoridad, de impacto y de confianza inmediata, comenta que su padre desde hace un año se encuentra fuera del país y no lo ha visto, siendo evidente que no tiene conocimiento sobre la situación actual del señor.*”¹⁵

Luego de la realización de una entrevista a *José Francisco*, la psicóloga indicó que:

“(...) se evalúa su examen mental evidenciándose que no presenta desajustes en ninguna de sus áreas tales como lenguaje siendo adecuado siendo claro y fluido, no presenta problemas de atención o memoria tanto a corto como a largo plazo o demás que sea

¹² Folio 107, cuaderno 3.

¹³ Folio 107, cuaderno 3.

¹⁴ Ib.

¹⁵ Folio 146, cuaderno 3.

clínicamente significativo; para su edad es un niño que no presenta dificultad para realizar operaciones concretas, su orientación de espacio está en proceso de fortalecimiento y por tanto no tiene pleno reconocimiento de barrios, direcciones o sitios definidos, su orientación de tiempo ya tiene claro días de la semana, años, meses pero al igual por su corta edad se encuentra en proceso de reconocimiento y no tiene claridad tempore espacial. (...)

Durante la entrevista se logra evidenciar que cuenta con todos los derechos básicos garantizados como identidad, salud y colegio; pero se encuentra vulnerado el derecho a la custodia debido a que su padre quien tiene la custodia legalizada desde el 2014 se encuentra privado de la libertad; además se puede observar que existen lazos afectivos fuertes con su progenitor, hermano mayor y niñera, con quienes ha compartido la mayor parte de su tiempo, se denotan temores frente al ausentismo y distanciamiento de su padre por encontrarse "fuera del país" y una relación distante sin mayor afectación con su progenitora siendo vista como un miembro del hogar únicamente; al igual que una relación cercana y significativa con su abuela paterna y su tío paterno.(...)

Se descarta cualquier tipo de maltrato físico, verbal, negligente o demás que sea de carácter significativo, por lo contrario, se puede evidenciar que existe afecto y cariño hacia su cuidadora actual, afectación por no encontrarse con su progenitor compartiendo tiempo y actividades de tiempo libre, además de una afectación económica debido a que su abuela paterna es la única proveedora del hogar del niño.”¹⁶

Por su parte, la Trabajadora Social emitió las siguientes conclusiones:

“Dentro de la intervención realizada a la familia a nivel socio familiar, se identifica que a nivel habitacional cuenta con condiciones adecuadas para el desarrollo de la familia.

A nivel afectivo y de red vincular, se observa adecuada relación entre los miembros de la familia, su núcleo familiar se muestra comprometido con el cuidado y protección del niño sin embargo el cuidado es ejercido por su niñera quien es una persona de 62 años de edad donde es evidente la amplia brecha generacional niño-cuidadora que puede ocasionar un inadecuado manejo de autoridad, se evidencian fuertes vínculos afectivos entre los miembros de la familia.

En cuanto al factor económico se evidencia que los recursos son suficientes para el cubrimiento de las necesidades básicas de la familia, sin embargo, la abuela aduce que el nivel de vida del niño se ha visto

¹⁶ Folio 147, cuaderno 3.

afectado porque ella es la única proveedora económica de la familia. Y se encuentran en deuda en cuanto al nivel educativo del niño.

Una vez se estableció el panorama actual del contexto socio familiar del niño JOSÉ FRANCISCO se logra establecer, que la dinámica socio familiar, las características motivacionales y relacionales antecedentes y presentes en el grupo familia son favorables, existe interés por parte de sus cuidadores en velar por su bienestar, las condiciones son favorables para el desarrollo y formación integral del niño, en este hogar no se evidencian factores de riesgo que comprometan su adecuado desarrollo e integridad sin embargo no existen figuras ni paterna ni materna.

Por lo anteriormente descrito se recomienda el traslado de la solicitud a la defensoría de familia de trámite extraprocesal con el fin de que se legalice la custodia del niño en cabeza de una persona que pueda estar presente en el proceso de crianza del niño.

A su cuidadora se recomienda que debe iniciar gestión para la vinculación del niño una actividad lúdica o deportiva para el aprovechamiento adecuado del tiempo libre, Igualmente se recomienda, iniciar valoraciones de rutina por médico general y odontología.”¹⁷

Finalmente, la Oficina Jurídica del ICBF precisó que el informe psicosocial para la verificación de los derechos del niño *José Francisco* está bajo análisis del defensor de familia para que en el marco de sus competencias adopte las medidas de protección correspondientes.

Respuesta de la curadora *ad litem* de Julieta

Como quiera que en el trámite de tutela no se pudo adelantar la notificación personal de la señora *Julieta*, madre de *José Alberto* y *José Francisco*, el despacho dispuso su emplazamiento, el cual se surtió de acuerdo con las formalidades previstas en el artículo 108 del Código General del Proceso. En particular, la publicación del edicto el día domingo 23 de abril de 2017 en un periódico de amplia circulación nacional¹⁸ y la inclusión en el Registro Nacional de Personas Emplazadas¹⁹.

Cumplidos los requisitos del emplazamiento, en auto de 11 de julio de 2017 se designó la curadora *ad litem* de la señora *Julieta*, quien en memorial aportado el 28 de julio de 2017 solicitó que se conceda al accionante la pena sustitutiva de prisión domiciliaria en aras de obtener la protección de los derechos del niño *José Francisco*. También fundó la petición en las condiciones de la

¹⁷ Folio 157, cuaderno 3.

¹⁸ Publicación en el diario El Tiempo. Folio 87, cuaderno 3.

¹⁹ Registro efectuado el 7 de junio de 2017.

señora *Mercedes*, ya que es una persona de la tercera edad en situación de discapacidad.

En efecto, la curadora destacó que su representada entregó la custodia de *José Alberto* y *José Francisco* al demandante, circunstancia que demuestra que está a cargo de la manutención, crianza y educación de sus dos hijos, y por ende debe otorgársele la pena sustitutiva.

Asimismo indicó que, si bien el accionante cometió un delito con graves connotaciones sociales, prima el interés superior de sus hijos, quienes requieren la presencia de su progenitor para que les brinde el cuidado, afecto y atención que requieren, máxime si se considera que están al cuidado de una empleada doméstica y su abuela paterna está en situación de discapacidad, razón por la cual “*no representa un adulto idóneo para proteger el interés del menor sino que por el contrario, también requiere apoyo y atención como si se tratara de otro infante*”²⁰

Inspección Judicial adelantada por el Juzgado Segundo de Familia de Ciudad Azulada

En cumplimiento de la comisión decretada en el trámite de revisión, el 24 de marzo de 2017 el Juzgado Segundo de Familia de *Ciudad Azulada* adelantó inspección en la casa de los hijos del accionante, en la que se identificaron los siguientes factores positivos: (i) pese a no residir con su familia nuclear ni extensa, cuentan con la compañía de la señora *María*, quien ha ejercido su cuidado personal desde su nacimiento y con quien tienen lazos afectivos fuertes; (ii) las condiciones del lugar de habitación son adecuadas; (iii) *José Alberto* es mayor de edad y no se encuentra vinculado al sistema educativo por falta de recursos; (iii) el niño *José Francisco* tiene garantizado el derecho a la educación, pues cursa tercer grado en el colegio *La Utopía*; el derecho a la salud, ya que está vinculado como beneficiario en el régimen contributivo a la EPS Salud Total; el derecho de alimentos, el cual se cubre por la abuela paterna y el cuidado personal por parte de *María*, que es una persona ajena al vínculo filial, pero cercana a nivel afectivo.

Los factores de vulnerabilidad identificados en la inspección fueron: (i) la vulneración del derecho a tener una familia de *José Francisco* como consecuencia del abandono de su madre y la reclusión en establecimiento penitenciario de su padre; (ii) a pesar del cuidado brindado por la señora *Mercedes*, los hijos del accionante requieren de su familia nuclear o extensa; y (iii) los integrantes de la familia materna y paterna carecen de compromiso afectivo constante, el cual se requiere para la satisfacción plena de los derechos del niño *José Francisco*.

Interrogatorio de Mercedes

²⁰ Folio 250, cuaderno 3.

El 23 de marzo de 2017, el Juzgado Segundo de Familia de *Ciudad Azulada* recibió la declaración de *Mercedes*, en la que indicó que inicialmente se hizo cargo de sus nietos, pero como consecuencia de la enfermedad artrósica que padece ha tenido dificultades para satisfacer sus necesidades básicas. En concordancia con lo anterior, adujo que no puede asumir la custodia y el cuidado permanente de *José Alberto* y *José Francisco*.

Asimismo precisó que (i) sus nietos viven con la señora *María*, quien los cuida desde que nacieron (ii) los visita una o dos veces por semana; (iii) *José Francisco* estudia en el Colegio *La Utopía*, debido a que uno de los socios es el padrino y acordó con el accionante el pago de los gastos de matrícula y pensión cuando recobre la libertad; (iv) *José Alberto* terminó hace dos años bachillerato, pero no ha podido entrar a la universidad por falta de recursos y ha sufrido afectación emocional por la ausencia de su padre, y (v) *Julieta* abandonó el hogar en el año 2014 y le dio la custodia de sus hijos al actor.

Finalmente, la señora *Mercedes* señaló “quiero que se tenga en cuenta la situación de mis nietos para que se le pueda dar la prisión domiciliaria a mi hijo y pueda hacerse cargo de los niños. Que le den un permiso de trabajo. No más.”²¹

Impedimento manifestado por la Magistrada Cristina Pardo Schlesinger

La Magistrada Cristina Pardo Schlesinger manifestó impedimento para decidir la acción de tutela de la referencia, el cual se declaró infundado por los magistrados Iván Humberto Escrucera Mayolo y Gloria Stella Ortiz Delgado en auto de 30 de agosto de 2017²².

II. CONSIDERACIONES

Competencia

1.- Corresponde a la Corte Constitucional analizar, en Sala de Revisión, las sentencias proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Asunto objeto de revisión y problema jurídico

2.- En sentencia dictada el 31 de agosto de 2015 por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado con Función de Conocimiento de *Ciudad Azulada*, *Fabricio* fue condenado a la pena de 54 meses de prisión y a la multa de 1.400 s.m.l.v. como responsable del delito de concierto para delinquir agravado en concurso heterogéneo con tráfico, fabricación y porte de estupefacientes. En

²¹ Folio 229, cuaderno 3.

²² En folio 259 del cuaderno 3 obra la manifestación de impedimento de la Magistrada Cristina Pardo Schlesinger.

consecuencia, el sentenciado cumple la condena en mención en centro penitenciario.

3.- El 11 de noviembre de 2015, el accionante elevó solicitud ante el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de *Ciudad Azulada* - encargado de la vigilancia del cumplimiento de la condena- para obtener la sustitución de la detención en establecimiento carcelario por la del lugar de residencia, petición que fundó en su condición de padre de cabeza de familia y en los requisitos previstos en los artículos 314 y 461 de la Ley 906 de 2004.

4.- En **auto de 29 de marzo de 2016**, el Juzgado 4º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de *Ciudad Azulada* denegó la solicitud de prisión domiciliaria elevada por el actor.

Como fundamento de la decisión, el juez indicó que de acuerdo con la jurisprudencia vigente de la Sala de Casación Penal no basta acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia, ya que también se debe evaluar el grado de desprotección del niño, niña o adolescente; establecer la ausencia de otra figura paterna o familiar encargada de su protección, cuidado y sustento, y considerar la naturaleza del delito.

En concordancia con esos requisitos consideró que, si bien se aportaron elementos de prueba que indican que *Fabricio* es padre cabeza de familia, también se demostró que **otros integrantes del núcleo familiar están en posibilidad de cuidar a sus hijos**, ya que cuentan con su madre, quien tiene la obligación de asumir su protección integral, su abuela paterna les brinda todo lo necesario para su subsistencia y reciben los cuidados de la señora *María*, empleada doméstica de la familia desde hace varios años.

Finalmente, el juez indicó que la naturaleza de las infracciones constituye un factor de desestabilización de sus hijos, ya que el actor cometió los delitos de concierto para delinquir en concurso con tráfico, fabricación o porte de estupefacientes cuando tenía la custodia exclusiva de aquellos.

5.- El solicitante formuló **recurso de apelación** en contra de la decisión de primera instancia, en el que cuestionó la falta de valoración de las pruebas aportadas que demuestran que (i) ostenta la custodia exclusiva de sus hijos; (ii) el arraigo familiar determinado en el informe psicológico y (iii) las dificultades que enfrenta la señora *Mercedes* para proveer el sustento de sus hijos, ya que es una persona de la tercera edad con pérdida de capacidad laboral del 76.9% y carece de un trabajo estable.

6.- El **8 de agosto de 2016**, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de *Ciudad Azulada* confirmó el auto proferido por el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de la misma ciudad que denegó la sustitución de la prisión en establecimiento carcelario por domiciliaria.

La Sala inició el análisis con la definición de madre cabeza de familia prevista en el artículo 2º de la Ley 82 de 1993 y la extensión de dicha categoría a los hombres que se encuentren en la misma situación, establecida en la **sentencia C-184 de 2003**²³. Asimismo, indicó que para conceder la prisión domiciliaria, el juez debe valorar si el peticionario provee el afecto, la formación y educación que requieren sus hijos, y “(...) *si es realmente ineludible su presencia en el núcleo familiar, para que con ella, los menores obtengan el bienestar necesario, que debe ser garantizado por sus progenitores.*”²⁴

El Tribunal señaló que la medida de prisión domiciliaria tiene un fin protector y de respeto del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, quienes pueden resultar afectados con la privación de la libertad del progenitor encargado de su manutención. Sin embargo, deben analizarse las condiciones particulares de los menores de edad y la existencia de una manifiesta situación de indefensión que pueda poner en peligro su bienestar.

En el análisis del caso concreto, el juez destacó que el peticionario probó ser padre de *José Alberto y José Francisco* y que, de acuerdo con el acta de conciliación celebrada el 6 de agosto de 2014 con *Julieta*, estaba a cargo de la custodia de sus hijos. No obstante, la madre no se desligó por completo de sus obligaciones, pues precisó que es responsable de forma solidaria de la garantía y protección de sus hijos, y no está demostrada la imposibilidad física, económica o emocional que le impida responder por sus descendientes.

De otra parte, señaló que el informe de estudio socio familiar efectuado por la Comisaría de Familia precisó que la señora *Mercedes*, abuela paterna de *José Alberto y José Francisco*, los apoya económicamente y provee los recursos para que durante su ausencia cuenten con el cuidado de la señora *María*, quien ha sido la empleada doméstica de la familia por mucho tiempo.

En atención a esas circunstancias concluyó que el actor no es padre cabeza de familia, de acuerdo con las exigencias establecidas en la jurisprudencia para el otorgamiento de la prisión domiciliaria, pues existen otras personas del núcleo familiar que brindan la protección requerida por sus hijos.

Finalmente, adujo que los documentos aportados por el peticionario -dirigidos a demostrar sus circunstancias personales y laborales- no permiten dilucidar la situación de sus hijos, y establecer la viabilidad de la solicitud.

7.- *Fabricio* formuló acción de tutela en contra de las decisiones proferidas por el Juzgado 4º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de *Ciudad Azulada* y la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad, y solicitó como medida de restablecimiento de sus derechos que se

²³ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

²⁴ Folio 46, cuaderno 1.

revoque la decisión de segunda instancia y, en su lugar, se conceda la prisión domiciliaria.

El accionante indicó que las decisiones judiciales incurrieron en **defecto fáctico**, debido a que no evaluaron algunas de las circunstancias de sus hijos que fueron acreditadas para sustentar la petición, particularmente: (i) la afectación emocional que les ha provocado la ausencia de la figura paterna; (ii) que su progenitora no ha asumido los deberes de protección y cuidado, y (iii) la afectación de sus condiciones materiales de vida, pues, a pesar de los esfuerzos emprendidos por *Mercedes*, no están satisfechas todas sus necesidades. También adujo que se desconoció la **sentencia del 14 de mayo de 2013²⁵ (exp.66744)** emitida por la Sala de Casación Penal y la **sentencia T-705 de 2013²⁶** proferida por la Sala Sexta de Revisión.

8.- La **Sala de Casación de Penal denegó el amparo del derecho al debido proceso** del accionante, pues, a su juicio, las decisiones judiciales cuestionadas analizaron todos los elementos de prueba obrantes en el trámite y se fundaron en una argumentación razonable, conforme a las normas y parámetros jurisprudenciales aplicables al caso.

9.- La **Sala de Casación Civil confirmó la decisión del a quo** con base en similares consideraciones a las expuestas por el juez de primera instancia.

10.- Debido a que la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales tiene dos niveles de análisis -el primero que corresponde a los requisitos generales y un segundo nivel, que atiende a los requisitos específicos de procedibilidad de la acción contra decisiones judiciales- la Sala establecerá, de acuerdo con ese orden, si concurren dichos presupuestos para controvertir los autos proferidos el 29 de marzo de 2016, por el Juzgado 4° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de *Ciudad Azulada* y el 8 de agosto de 2016 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad, en los que se denegó la solicitud de prisión domiciliaria elevada por el actor.

En caso de que se supere el análisis de procedencia general, le corresponde a la Sala Quinta de Revisión determinar si los autos en mención incurrieron en alguna de las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales porque, a juicio del demandante, desconocieron (i) los elementos de prueba que daban cuenta de circunstancias de sus hijos relevantes para el otorgamiento de la pena substitutiva de prisión domiciliaria y (ii) los precedentes sentados en las sentencias T-705 de 2013 proferida por la Sala Sexta de Revisión y del 14 de mayo de 2013 (exp.66744) emitida por la Sala de Casación Penal.

²⁵ M.P. Javier Zapata Ortiz.

²⁶ M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

Para resolver el problema jurídico anunciado la Sala abordará los siguientes temas: (i) la acción de tutela contra providencias judiciales y los requisitos específicos de procedibilidad con énfasis en el defecto fáctico y el desconocimiento del precedente; (ii) la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión en establecimiento penitenciario y carcelario; (iii) la causal de prisión domiciliaria fundada en la condición de padre o madre cabeza de familia y el desarrollo en la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, y finalmente (iv) abordará el estudio del caso concreto.

Procedencia excepcional de la tutela contra decisiones judiciales

11.- El inciso 4º del artículo 86 de la Constitución, consagra el principio de subsidiariedad como requisito de procedencia de la acción de tutela y determina que *“[e]sta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”*.

Asimismo el artículo mencionado establece que la tutela procede contra toda *“acción [u] omisión de cualquier autoridad pública”*. Las autoridades judiciales son autoridades públicas que en el ejercicio de sus funciones tienen la obligación de ajustarse a la Constitución y a la ley, y de garantizar la efectividad de los principios, deberes y derechos reconocidos en la Carta Política.

Bajo el presupuesto mencionado, la Corte Constitucional ha admitido la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales que quebranten los derechos fundamentales de las partes y se aparten de los mandatos constitucionales. No obstante, la procedencia de la acción de tutela en estos casos es excepcional, con el fin de preservar los principios de cosa juzgada, autonomía e independencia judicial, seguridad jurídica, y la naturaleza subsidiaria que caracteriza a la tutela.²⁷

En concordancia con lo expuesto, se concluye que la acción de tutela contra decisiones judiciales tiene como finalidad efectuar un juicio de validez constitucional de una providencia judicial que incurre en graves falencias, las cuales la tornan incompatible con la Carta Política.²⁸

12.- La **sentencia C-590 de 2005**²⁹ señaló que el desarrollo jurisprudencial ha conducido a diferenciar dos tipos de presupuestos para que proceda la acción de tutela contra providencias judiciales, a saber: los requisitos generales de procedencia y los requisitos específicos de procedibilidad.

Requisitos generales de procedencia

²⁷ Ver sentencia T-283 de 2013; M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²⁸ Al respecto, ver la sentencia T-555 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas.

²⁹ M.P. Jaime Córdoba Triviño.

13.- Según lo expuso la sentencia C-590 de 2005, los requisitos generales de procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales son: (i) que la cuestión que se discuta tenga relevancia constitucional, esto es, que el caso involucre la posible vulneración de los derechos fundamentales de las partes; (ii) que se cumpla con el presupuesto de subsidiariedad que caracteriza a la tutela, o sea, que se hayan agotado todos los medios de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio irremediable; (iii) que se cumpla el requisito de inmediatez, es decir, que la tutela se interponga en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración; (iv) cuando se trate de una irregularidad procesal, ésta debe tener un efecto decisivo en la sentencia que se impugna; (v) que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración, como los derechos vulnerados; y (vi) que no se trate de sentencias de tutela.

Requisitos específicos de procedibilidad

14.- Los requisitos específicos aluden a la concurrencia de defectos en el fallo atacado que, en razón de su gravedad, hacen que éste sea incompatible con los preceptos constitucionales. En resumen, estos defectos son los siguientes:

Defecto orgánico: ocurre cuando el funcionario judicial que profirió la sentencia impugnada carece en forma absoluta de competencia.

Defecto procedimental absoluto: se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.³⁰

Defecto fáctico: se presenta cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión, o cuando la valoración de la prueba fue absolutamente equivocada.

Defecto material o sustantivo: ocurre cuando se decide con base en normas inexistentes, inconstitucionales o claramente inaplicables al caso concreto, o cuando se presenta una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.³¹

³⁰ Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-324/96 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz): “... sólo en aquellos casos en los cuales el acto que adscribe la competencia resulte ostensiblemente contrario a derecho, - bien por la notoria y evidente falta de idoneidad del funcionario que lo expidió, ora porque su contenido sea abiertamente antijurídico -, el juez constitucional puede trasladar el vicio del acto habilitante al acto que se produce en ejercicio de la atribución ilegalmente otorgada. Sólo en las condiciones descritas puede el juez constitucional afirmar que la facultad para proferir la decisión judicial cuestionada no entra dentro de la órbita de competencia del funcionario que la profirió y, por lo tanto, constituye una vía de hecho por defecto orgánico.

³¹ Cfr. Corte Constitucional, sentencia SU-159/02 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa): “(...) opera cuando la decisión que toma el juez desborda el marco de acción que la Constitución y la ley le reconocen al apoyarse en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto, bien sea, por ejemplo (i.) porque ha sido derogada y ya no produce ningún efecto en el ordenamiento jurídico, (ii.) porque ella es claramente inconstitucional y el funcionario se abstuvo de aplicar la excepción de inconstitucionalidad, (iii.) porque su aplicación al caso concreto es inconstitucional, (iv.) porque ha sido declarada inexecutable por la propia Corte Constitucional o, (v.) porque, a pesar de estar vigente y ser constitucional, no se adecua a la

Error inducido: sucede cuando el Juez o Tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.³²

Decisión sin motivación: implica el incumplimiento de los servidores judiciales del deber de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones.

Desconocimiento del precedente: se configura cuando por vía judicial se ha fijado el alcance sobre determinado asunto y el funcionario judicial desconoce la regla jurisprudencial establecida.³³

Violación directa de la Constitución: se estructura cuando el juez ordinario adopta una decisión que desconoce, de forma específica, postulados de la Carta Política.

Defecto fáctico

15.- Desde sus inicios esta Corte estableció que los jueces de conocimiento tienen amplias facultades discrecionales para efectuar el análisis del material probatorio en cada caso concreto³⁴. Por ello, determinó que cuando se alega un error de carácter probatorio, la evaluación de la providencia judicial por parte de un juez de tutela debe privilegiar los principios de autonomía e independencia judicial³⁵.

No obstante, tal poder discrecional debe estar inspirado en los principios de la sana crítica, atender necesariamente criterios de objetividad, racionalidad,

circunstancia fáctica a la cual se aplicó, porque a la norma aplicada, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador”

³² Cfr. Corte Constitucional, sentencia SU-014/01 (M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez): “*Es posible distinguir la sentencia violatoria de derechos fundamentales por defectos propios del aparato judicial -presupuesto de la vía de hecho -, de aquellas providencias judiciales que aunque no desconocen de manera directa la Constitución, comportan un perjuicio iusfundamental como consecuencia del incumplimiento por parte de distintos órganos estatales de la orden constitucional de colaborar armónicamente con la administración de justicia con el objeto de garantizar la plena eficacia de los derechos constitucionales. Se trata de una suerte de vía de hecho por consecuencia, en la que el juez, a pesar de haber desplegado los medios a su alcance para ubicar al procesado, actuó confiado en la recta actuación estatal, cuando en realidad ésta se ha realizado con vulneración de derechos constitucionales, al inducirlo en error. En tales casos - vía de hecho por consecuencia - se presenta una violación del debido proceso, no atribuible al funcionario judicial, en la medida en que no lo puede apreciar, como consecuencia de la actuación inconstitucional de otros órganos estatales.*”

³³ Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-292 de 2006.M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

³⁴ La Corte Constitucional, en sentencia T-055 de 1997, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, determinó que, en lo que hace al análisis del material probatorio, la independencia judicial cobra mayor valor y trascendencia.

³⁵ Ver, entre otras, las sentencias T-231 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-442 de 1994, M. P. Antonio Barrera Carbonell; T-008 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-025 de 2001, M. P. Eduardo Montealegre Lynett; SU-159 de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-109 de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-264 de 2009, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-114 de 2010, M. P. Mauricio González Cuervo, SU-198 de 2013, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. En ésta última se indicó expresamente: “*la intervención del juez de tutela, en relación con el manejo dado por el juez de conocimiento es, y debe ser, de carácter extremadamente reducido. El respeto por los principios de autonomía judicial y del juez natural, impiden que el juez de tutela realice un examen exhaustivo del material probatorio*”.(negrita fuera del texto original).

legalidad y motivación, entre otros, y respetar la Constitución y la ley. De lo contrario, la discrecionalidad sería entendida como arbitrariedad judicial, hipótesis en la cual se configuraría la causal por defecto fáctico y el juez de tutela podría revocar la providencia atacada³⁶.

16.- La jurisprudencia constitucional estableció que el defecto fáctico se configura cuando: (i) existe una omisión en el decreto de pruebas que eran necesarias en el proceso; (ii) se da una valoración caprichosa y arbitraria de las pruebas presentadas; (iii) no se valora en su integridad el material probatorio, y (iv) las pruebas carecen de aptitud o de legalidad, por su inconducencia, o porque fueron recaudadas de forma inapropiada *“caso último en el que deben ser consideradas como pruebas nulas de pleno derecho”*³⁷.

Asimismo, esta Corte puntualizó que el defecto estudiado tiene dos dimensiones, una positiva³⁸ y otra negativa³⁹. La primera se presenta cuando el juez efectúa una valoración por *“completo equivocada”*, o fundamenta su decisión en una prueba no apta para ello y, la segunda, cuando omite o ignora la valoración de una prueba determinante o no decreta su práctica sin justificación alguna.

Con todo, esta Corporación ha sido enfática en señalar que *“para que la tutela resulte procedente ante un error fáctico, [e]l error en el juicio valorativo de la prueba debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto”*⁴⁰.

17.- La cualificación del defecto fáctico implica que el yerro debe ser relevante, no solo en términos de protección del derecho al debido proceso, sino también respecto a la controversia jurídica bajo examen.⁴¹ De tal suerte que:

“no competente [sic] al juez constitucional remplazar al juzgador de instancia en la valoración de las pruebas desconociendo la autonomía e independencia de éste al igual que el principio del juez natural, ni

³⁶ Ver sentencia T-442 de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero. Allí se indicó: *“si bien el juzgador goza de un gran poder discrecional para valorar el material probatorio en el cual debe fundar su decisión y formar libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos de la sana crítica..., dicho poder jamás puede ser arbitrario; su actividad evaluativa probatoria supone necesariamente la adopción de criterios objetivos, racionales, serios y responsables. No se adecua a este desideratum, la negación o valoración arbitraria, irracional y caprichosa de la prueba, que se presenta cuando el juez simplemente ignora la prueba u omite su valoración o sin razón valedera alguna no da por probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente.”*

³⁷ Sentencia SU-489 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

³⁸ Cfr., entre otras, SU-159 de 2002, precitada.

³⁹ Cfr., entre otras, T-442 de 1994 y SU-159 de 2002, precitadas.

⁴⁰ SU-198 de 2013, precitada, y T-636 de 2006, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁴¹ T-310 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

realizar un examen del material probatorio que resulta exhaustivo, en tanto, como lo señaló esta Corporación en sentencia T-055 de 1997, ‘tratándose del análisis del material probatorio, la independencia judicial cobra mayor valor y trascendencia’⁴².

En efecto, la jurisprudencia ha destacado que el análisis del juez constitucional debe ser cuidadoso y no basta con establecer una lectura diferente de las pruebas, pues en la actividad probatoria está de por medio el principio de autonomía judicial. En ese sentido, la **sentencia SU-489 de 2016**⁴³ indicó que la determinación del defecto fáctico:

“(…) no puede resultar de una proyección automática, pues la valoración probatoria del juez natural es, al menos en principio, resultado de su apreciación libre y autónoma, aunque sin duda, no arbitraria, la que no puede, sin más, ser desplazada e invalidada, por un criterio simplemente diferente, dado por el juez de tutela. Así, si bien este defecto puede en realidad presentarse, y las personas o ciudadanos afectados deben ser protegidos ante tal eventualidad, el juez constitucional ha de ser extremadamente prudente y cauteloso, para no afectar con su decisión, ese legítimo espacio de autonomía del juez natural.”

18.- Adicionalmente, la parte actora tiene la carga de la prueba salvo excepciones, pues se trata de cuestionar *“una decisión de un juez que ha estado sometida a todas las garantías constitucionales y legales existentes.”*⁴⁴

19.- En síntesis, el defecto fáctico se puede presentar: (i) por la omisión en el decreto y la práctica de pruebas; (ii) por la falta de valoración del acervo probatorio y (iii) por desconocimiento de las reglas de la sana crítica; le corresponde al accionante demostrarle al juez de tutela la forma en la que se produjo el yerro en cualquiera de las modalidades referidas y este debe tener incidencia directa en la decisión.

Desconocimiento del precedente

20.- El precedente se ha definido como la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado que, por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo⁴⁵. Dicha obligatoriedad atiende a razones de diversa índole que, como se verá, se complementan.

⁴² Sentencia SU-447 de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo, citada por la sentencia T-213 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas.

⁴³ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁴⁴ Sentencia T-230 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁴⁵ Cfr., sobre la definición de precedente, las sentencias T-292 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, SU-047 de 1999 y C-104 de 1993, en ambas M. P. Alejandro Martínez Caballero.

La primera razón corresponde a la protección del derecho a la igualdad de las personas que acuden a la administración de justicia y de los principios de confianza legítima y seguridad jurídica. En efecto, el desconocimiento de las sentencias anteriores que estudiaron casos equiparables al analizado comportaría una grave amenaza a los principios en comento.

El segundo argumento responde al reconocimiento del carácter vinculante del precedente, en especial si es fijado por órganos cuya función es unificar jurisprudencia. Como lo ha explicado esta Corte tal reconocimiento se funda en una postura teórica que señala que *“el Derecho no es una aplicación mecánica de consecuencias jurídicas previstas en preceptos generales, como lo aspiraba la práctica jurídica de inicios del siglo XIX (...), sino una práctica argumentativa racional”*⁴⁶. Esta consideración le otorga al precedente la categoría de fuente de derecho aplicable al caso concreto.

21.- La jurisprudencia constitucional ha diferenciado dos clases de precedentes, el horizontal y el vertical, para lo cual tomó como parámetro diferenciador la autoridad que profiere el fallo que se tiene como referente. El precedente *horizontal* hace referencia al respeto que un juez debe tener sobre sus propias decisiones y sobre las tomadas por jueces de igual jerarquía, mientras que, el *vertical* apunta al acatamiento de los fallos dictados por las instancias superiores en cada jurisdicción, encargadas de unificar la jurisprudencia.

El precedente que emana de los altos tribunales de justicia en el país (Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado), adquiere un carácter ordenador y unificador que busca realizar los principios de primacía de la Constitución, igualdad, confianza legítima y debido proceso. Adicionalmente, se considera indispensable como técnica judicial para mantener la coherencia del sistema⁴⁷.

En la práctica jurídica actual, las instancias de unificación de jurisprudencia son ineludibles, debido a que el Derecho se vale del lenguaje y no tiene contenidos semánticos únicos. Por lo tanto, es susceptible de traer consigo ambigüedades o vacíos que pueden generar diversas interpretaciones o significados. Esa posibilidad genera la necesidad de que, en primer lugar, sea el juez el que fije el alcance de las normas en cada caso concreto y, en segundo lugar, existan órganos que permitan disciplinar esa práctica jurídica en pro de la igualdad.

22.- El carácter vinculante, obligatorio y de fuente de derecho de la jurisprudencia emanada de las altas cortes en sus respectivas jurisdicciones y

⁴⁶ Sentencia C-634 de 2011, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴⁷ Cfr. T-292 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa: *“En este sentido, la vinculación de los jueces a los precedentes constitucionales resulta especialmente relevante para la unidad y armonía del ordenamiento como conjunto, precisamente porque al ser las normas de la Carta de textura abierta, acoger la interpretación autorizada del Tribunal constituye una exigencia inevitable.”*

de la Corte Constitucional en todo el ordenamiento jurídico, está ampliamente reconocido. La **sentencia C-816 de 2011**⁴⁸ explicó que *“la fuerza vinculante de las decisiones de las denominadas altas cortes surge de su definición constitucional como **órganos jurisdiccionales de cierre, condición que les impone el deber de unificación jurisprudencial en sus respectivas jurisdicciones.** El mandato de unificación jurisprudencial, únicamente dirigido a las cortes jurisdiccionales de cierre, se erige en una orden específica del Constituyente para brindar cierta uniformidad a la interpretación y aplicación judicial del derecho en desarrollo del deber de igualdad de trato debido a las personas, mediante la fuerza vinculante de sus decisiones judiciales superiores.”* (Negrilla fuera del texto)

23.- Como consecuencia de la obligatoriedad del precedente la jurisprudencia constitucional fijó parámetros que permiten determinar si en un caso resulta aplicable. La **sentencia T-292 de 2006**⁴⁹ estableció los siguientes criterios: (i) que en la *ratio decidendi* de la sentencia anterior se encuentre una **regla jurisprudencial** aplicable al caso a resolver; (ii) que esta *ratio* resuelva un **problema jurídico semejante** al propuesto en el nuevo caso y (iii) que los **hechos del caso sean equiparables** a los resueltos anteriormente.

De no comprobarse la presencia de estos tres elementos no es posible establecer que un conjunto de sentencias anteriores constituya precedente aplicable al caso concreto y, por ende, al juez no le es exigible dar aplicación al mismo.

24.- Ahora bien, cuando los funcionarios judiciales encuentren cumplidos los tres criterios mencionados, tienen la posibilidad de apartarse de la jurisprudencia en vigor, siempre y cuando (i) hagan referencia al precedente que no van a aplicar y (ii) ofrezcan una justificación razonable, seria, suficiente y proporcionada, que dé cuenta del por qué se apartan de la regla jurisprudencial previa⁵⁰. Así se protege el carácter dinámico del derecho y la autonomía e independencia de que gozan los jueces.

⁴⁸ MP Mauricio González Cuervo. Cfr. 5.4.2. Fuerza vinculante de la jurisprudencia de los órganos judiciales de cierre de las jurisdicciones -jurisprudencia constitucional-.

⁴⁹ Reiterada en muchas oportunidades. Cfr., T-794 de 2011, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-1033 de 2012, M. P. Mauricio González Cuervo y T-285 de 2013, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, entre otras.

⁵⁰ Cfr., T-082 de 2011, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-794 de 2011, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio y C-634 de 2011, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. En esta última, dicho en otras palabras se explica: *“La Corte también refirió al grado de vinculación para las autoridades judiciales del precedente jurisprudencial emitido por las altas cortes. Resulta válido que dichas autoridades, merced de la autonomía que les reconoce la Carta Política, puedan en eventos concretos apartarse del precedente, pero en cualquier caso esa opción argumentativa está sometida a estrictos requisitos, entre otros (i) hacer explícitas las razones por las cuales se aparte de la jurisprudencia en vigor sobre la materia objeto de escrutinio judicial; y (ii) demostrar suficientemente que la interpretación alternativa que se ofrece desarrolla de mejor manera los derechos, principios y valores constitucionales. Esta opción, aceptada por la jurisprudencia de este Tribunal, está sustentada en reconocer que el sistema jurídico colombiano responde a una tradición de derecho legislado, la cual matiza, aunque no elimina, el carácter vinculante del precedente, lo que no sucede con otros modelos propios del derecho consuetudinario, donde el precedente es obligatorio, basado en el principio del stare decisis.”*

25.- De manera que sólo cuando un juez se aísla de un precedente establecido y plenamente aplicable a determinada situación, sin cumplir con la carga argumentativa descrita, incurre en la causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, relacionada con el desconocimiento del precedente judicial y, en consecuencia, vulnera los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso de las personas que acudieron a la administración de justicia.

La prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión en establecimiento penitenciario y carcelario

26.- Según dispone el artículo 4° de la Ley 599 de 2000 “*Por la cual se expide el Código Penal*” la pena cumple funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.

En armonía con esas finalidades, el ordenamiento previó diversos tipos de penas, entre las que se encuentran las principales y las sustitutivas, reguladas en el Capítulo I, del Título IV del Libro I del Código Penal. En efecto, el artículo 35 *ibídem* indica que son **penas principales**, la privativa de la libertad de prisión, la pecuniaria de multa y las demás privativas de otros derechos consagradas en la parte especial, y el artículo 36 *ejusdem* identifica como **penas sustitutivas**, la prisión domiciliaria y el arresto de fin de semana convertible en arresto ininterrumpido.

27.- En relación con la prisión domiciliaria, que corresponde a una pena sustitutiva, lo primero que hay que señalar es que el artículo 38 de la Ley 599 de 2000 supeditó su otorgamiento al cumplimiento de presupuestos relacionados con el tipo de delito; el desempeño personal, laboral, familiar y social, y la garantía sobre las obligaciones que permitan la vigilancia de la pena y la reparación de las víctimas.

Dicha norma previó que el control sobre la medida sustitutiva sería ejercido por el Juez o Tribunal que conozca del asunto o vigile la ejecución de la sentencia, con apoyo en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario a través de la regulación de visitas periódicas. Luego, el artículo 31 de la Ley 1142 de 2007⁵¹ modificó la forma de control para introducir mecanismos de vigilancia electrónica.

Finalmente, la Ley 1709 de 2014 modificó el artículo 38 referido, en el cual se mantuvo la definición de prisión domiciliaria e indicó que puede ser solicitada por el condenado que se encuentre con orden de captura o privado de su libertad, salvo cuando haya evadido voluntariamente la acción de la justicia.

⁵¹ “*Por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana.*”

28.- De otra parte, el artículo 314 de la Ley 906 de 2004 regula la sustitución de la **prisión preventiva** por la del lugar de la residencia e indica que ésta procede cuando:

- (i) para el cumplimiento de los fines de la medida de aseguramiento sea suficiente la reclusión en el lugar de residencia;
- (ii) el imputado o acusado fuere mayor de sesenta y cinco (65) años, siempre que su personalidad, la naturaleza y modalidad del delito hagan aconsejable su reclusión en el lugar de residencia;
- (iii) a la imputada o acusada le falten dos (2) meses o menos para el parto. Igual derecho tendrá durante los (6) meses siguientes a la fecha del nacimiento;
- (iv) el imputado o acusado estuviere en estado grave por enfermedad, previo dictamen de médicos oficiales, y
- (v) la imputada o acusada fuere madre cabeza de familia de hijo menor o sufiere incapacidad permanente, siempre y cuando haya estado bajo su cuidado. En ausencia de ella, el padre que haga sus veces tendrá el mismo beneficio.

La norma en mención fue modificada por las leyes 1142 de 2007⁵² y 1474 de 2011⁵³, en las que se identificaron los delitos para los que no procede la sustitución de la detención preventiva.

A pesar de que la regulación prevista en la Ley 906 de 2004 aludió exclusivamente a la detención preventiva, el artículo 461 *ibídem* previó la sustitución de la ejecución de la pena, previa caución, en los mismos casos contemplados para la detención preventiva.

29.- De acuerdo con la regulación descrita, se advierte que la prisión domiciliaria corresponde a un sustituto de la pena o de la medida de aseguramiento de reclusión en establecimiento penitenciario y carcelario, el cual cambia el lugar de la privación de la libertad del centro de reclusión al lugar de residencia del imputado, acusado o sentenciado, según el caso. En atención a esas características, la jurisprudencia constitucional ha precisado que este mecanismo sustitutivo “*no otorga la libertad de locomoción, pero si amplía su espectro*”⁵⁴.

⁵² “Por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana.”

⁵³ “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.”

⁵⁴ Sentencia T-265 de 2017 M.P. Alberto Rojas Ríos.

Asimismo, las previsiones sustanciales sobre la viabilidad del sustituto establecidas en los códigos Penal y de Procedimiento Penal obligan a los jueces a interpretar las disposiciones vigentes en cada caso y frente a cada una de las causales. Como se verá, la concesión de la prisión domiciliaria exige el análisis conjunto de las normas aplicables, el cual cuenta con particularidades según la causal invocada por el solicitante.

Para el análisis del caso a consideración de la Sala de Revisión, es pertinente hacer alusión a las normas que regulan el sustituto en mención fundado en la condición de padre o madre cabeza de familia y la interpretación de sus requisitos de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal.

La prisión domiciliaria fundada en la causal de madre o padre cabeza de familia

30.- El artículo 1º 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"* previó para las **madres cabeza de familia** la sustitución de la pena o medida de aseguramiento de prisión en establecimiento penitenciario por reclusión en el lugar de residencia o en el identificado por el juez, en caso de que la víctima de la conducta punible resida en aquel lugar.

La ejecución de la pena en el lugar de residencia por la circunstancia referida se supeditó a la valoración del desempeño personal, laboral, familiar y social de la infractora, la naturaleza del delito y el cumplimiento de obligaciones relacionadas con la vigilancia de la pena.

La **sentencia C-184 de 2003**⁵⁵ estudió los cargos dirigidos contra las expresiones de la Ley 750 de 2002 que circunscribían la prisión domiciliaria a las mujeres cabeza de familia, los cuales denunciaban la violación del principio de igualdad y del interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

La Sala Plena verificó, con base en los antecedentes legislativos, que la norma cuestionada corresponde a uno de los desarrollos del mandato de especial protección para la mujer madre cabeza de familia y atiende al interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

En atención a esa finalidad, concluyó que el Legislador no podía proteger exclusivamente los derechos al cuidado y amor de los niños cuando se ven expuestos a riesgos y cargas desproporcionadas por la ausencia de la madre cabeza de la familia, y desatender los mismos derechos cuando dependen del padre. En consecuencia, declaró exequibles los apartes acusados, en el entendido de que si se cumplen 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.

⁵⁵ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

En la sentencia referida, la Corte destacó que los jueces deben verificar los requisitos subjetivos y objetivos establecidos por la norma para la concesión de la medida sustitutiva y en relación con la condición de cabeza de familia precisó que “[E]l hombre que reclame este derecho debe demostrar que, en verdad, ha sido una persona que les ha brindado el cuidado y el amor que los niños requieran para un adecuado desarrollo y crecimiento.”

La condición de madre y padre cabeza de familia

31.- La causal de prisión domiciliaria prevista en la Ley 750 de 2002 se reprodujo en el artículo 314 del Código de Procedimiento Penal que reiteró como elemento determinante la condición de madre cabeza de familia y extendió el beneficio al padre que haga las mismas veces de aquella.

Las características de la condición que determina la procedencia de la pena sustitutiva se han establecido en las definiciones legales y jurisprudenciales. Por ejemplo, el artículo 2º de la Ley 82 de 1993 “[P]or la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia” previó que:

“(...) 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.”

La jurisprudencia constitucional, en concordancia con el mandato del artículo 43 Superior que establece el especial apoyo que debe proveerse a las madres cabeza de familia y los desarrollos legales orientados a brindar dicha protección, señaló que para tener la calidad de madre cabeza de familia es necesario:

“(i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o, como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar”⁵⁶

⁵⁶ Sentencia SU-388 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Luego, la Ley 1232 de 2008 precisó que es madre 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”*.

Recientemente, la **sentencia T-345 de 2015**⁵⁷ describió el desarrollo jurisprudencial en relación con el concepto de madre cabeza de familia, destacó que dicha condición no depende de una formalidad jurídica, sino de las circunstancias materiales que la configuran y precisó que *“las mujeres que tienen bajo su cargo en forma permanente la responsabilidad de hijos menores propios o ajenos y de otras personas incapacitadas para trabajar y, que dependan de ella, tanto afectiva como económicamente, gozan de especial protección constitucional.”*

Tal y como se consideró en el análisis de constitucionalidad de la Ley 750 de 2002 adelantado en la **sentencia C-184 de 2003**⁵⁸, la jurisprudencia ha reconocido la condición de padre cabeza de familia. Por ejemplo, la **sentencia SU-389 de 2005**⁵⁹ analizó la medida de protección de retén social establecida en cabeza de la madre cabeza de familia e indicó que para predicar dicha condición del padre es necesario:

“(i) Que sus hijos propios, menores o mayores discapacitados, estén a su cuidado, que vivan con él, dependan económicamente de él y que realmente sea una persona que les brinda el cuidado y el amor que los niños requieran para un adecuado desarrollo y crecimiento; que sus obligaciones de apoyo, cuidado y manutención sean efectivamente asumidas y cumplidas, pues se descarta todo tipo de procesos judiciales y demandas que se sigan contra los trabajadores por inasistencia de tales compromisos. (ii) Que no tenga alternativa económica, es decir, que se trate de una persona que tiene el cuidado y la manutención exclusiva de los niños y que en el evento de vivir con su esposa o compañera, ésta se encuentre incapacitada física, mentalmente o moralmente, sea de la tercera edad, o su presencia resulte totalmente indispensable en la atención de hijos menores enfermos, discapacitados o que médicamente requieran la presencia de la madre. (iii) Lo anterior, sin perjuicio de la obligación que le asiste de acreditar los mismos requisitos formales que la Ley 82 de 1993 le impone a la madre cabeza de familia para demostrar tal condición.”

32.- La caracterización legal y jurisprudencial de la condición de madre cabeza de familia en armonía con el mandato especial de protección derivado

⁵⁷ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁵⁸ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁵⁹ M.P. Jaime Araujo Rentería.

del artículo 43 Superior, responde a condiciones sociales y culturales que le impusieron a la mujer un rol específico en relación con el hogar y la maternidad, y que tuvo como consecuencia en muchos casos la responsabilidad exclusiva del hogar y el sostenimiento de los hijos. Estas circunstancias provocaron diversas medidas de protección no sólo dirigidas a cumplir el mandato en mención sino también, y principalmente, a obtener la protección de los niños, niñas y adolescentes, cuyos derechos dependían exclusivamente de la presencia y el rol de la mujer como cabeza de hogar.

No obstante lo anterior, el Legislador y la jurisprudencia constitucional reconocen que la dirección exclusiva del hogar y, por ende, la garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes también puede estar radicada en cabeza del padre. Por ende, las medidas enfocadas hacia la madre cabeza de familia que involucran la garantía de los sujetos de especial protección referidos también cobijan a los hombres jefes de hogar cuando concurren los requisitos que permitan establecer la condición de padres cabeza de familia.

La prisión domiciliaria por la condición de madre cabeza de familia, análisis jurisprudencial

33.- La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia reconoce la evolución jurisprudencial en relación con la comprensión de los requisitos necesarios para acceder a la prisión domiciliaria fundada en la condición de padre o madre cabeza de familia. En efecto, los pronunciamientos recientes aluden a esa modificación y a la fijación de un nuevo criterio jurisprudencial, y con base en éste determinan el alcance de la labor del juez cuando analiza la viabilidad de la pena sustitutiva⁶⁰.

La **sentencia de 26 de junio de 2008**⁶¹ sentó el criterio jurisprudencial de acuerdo con el cual para el reconocimiento de la prisión domiciliaria para un padre o una madre cabeza de familia basta con verificar esa calidad en el caso concreto. Esta tesis surgió de la interpretación más favorable de la Ley 750 de 2002 y los artículos 314 y 461 de la Ley 906 de 2004, con base en la cual la Sala de Casación Penal estableció que la sustitución de la pena de prisión en establecimiento carcelario por la de prisión domiciliaria requería únicamente constatar la condición de padre o madre cabeza de familia, es decir que el juez no evalúa en esa decisión la naturaleza del delito, los antecedentes del sentenciado o su comportamiento⁶².

Luego, la **sentencia de 22 de junio de 2011**⁶³, reconoció el criterio jurisprudencial vigente hasta ese momento, el cual sintetizó así:

⁶⁰ Sentencia de 31 de mayo de 2017. Radicación 46277. M.P. Patricia Salazar Cuellar.

⁶¹ Radicación. 22.453. Sala Plena de la Sala de Casación Penal.

⁶² La primera tesis jurisprudencial puede verse en la sentencia de la Sala de Casación Penal, proferida el 26 de junio de 2008. Radicación 22.453.

⁶³ Radicación 35943. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

“La privación de la libertad en establecimiento carcelario en contra del padre o madre cabeza de familia afecta de modo intolerable los derechos de sus hijos menores de edad (o en estado de debilidad manifiesta) respecto de todas las situaciones en las cuales proceda la imposición de una medida de aseguramiento o la efectiva ejecución de la pena de prisión dictadas por el juez.”

Establecida la tesis jurisprudencial descrita y la posibilidad de variar la doctrina de acuerdo con lo previsto en el artículo 4º de la Ley 169 de 1896, la Sala modificó su postura en relación con el otorgamiento de la pena sustitutiva.

En primer lugar, indicó que el criterio anterior obedecía a una visión equivocada de las normas aplicables al caso, debido a que: (i) para imponer cualquier medida de aseguramiento que restrinja el derecho de libertad debe verificarse la existencia de por lo menos uno de los fines procesales de la detención, situación que implica analizar factores de índole personal o subjetivo del procesado, y (ii) la Sala había estimado en anteriores oportunidades que el análisis de los factores personales es imperativo para determinar la procedencia de las medidas de aseguramiento, incluida la detención domiciliaria.

Tras esas precisiones, la Sala de Casación Penal sentó su nuevo criterio jurisprudencial de acuerdo con el cual disponer la ejecución de la sanción privativa de la libertad impone el estudio de las condiciones particulares del procesado y responde a valores, derechos y principios constitucionales que no pueden ser obviados por los funcionarios cuando decretan la detención o prisión domiciliaria, so pretexto de la calidad de cabeza de familia.

En atención a los valores involucrados que demarca la actividad del juez, concluyó: *“(...)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.”*

34.- En concordancia con lo expuesto, la tesis actual de la Sala de Casación Penal es que el otorgamiento de la prisión domiciliaria como pena sustitutiva, fundada en la condición de padre o madre cabeza de familia, exige el análisis conjunto de las normas que rigen el sustituto, la valoración del interés superior de los menores de edad y la consideración de las circunstancias personales del procesado, relacionadas entre otras con los antecedentes y la naturaleza del delito. Esta tesis considera las finalidades de la pena, las cuales atienden a principios y valores constitucionales como la paz, la responsabilidad de los particulares y el acceso a la administración de justicia de todos los asociados.

Caso concreto

Examen de los requisitos generales de procedencia de la tutela contra providencias judiciales en el caso bajo examen

35.- La Sala establecerá, a continuación, si concurren los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, a través del análisis de las decisiones que fueron cuestionadas por el actor y que denegaron la pena sustitutiva de prisión domiciliaria que solicitó. En particular: **el auto proferido el 29 de marzo de 2016** por el Juzgado 4° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de *Ciudad Azulada* y **el auto de 8 de agosto de 2016** emitido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad.

36.- En primer lugar, se cumple con el presupuesto de legitimación por activa, pues la solicitud de amparo se presentó por *Fabricio*, quién es el titular del derecho al debido proceso que, adujo, fue vulnerado como consecuencia de las decisiones cuestionadas.

37.- En segundo lugar, la cuestión objeto de debate es de evidente relevancia constitucional, ya que se discute la eventual afectación de los derechos fundamentales del accionante y de sus hijos, particularmente del derecho al debido proceso y a tener el cuidado de una familia.

En efecto, en las censuras formuladas se denunció la afectación de la prerrogativa en mención como consecuencia de la falta de valoración de elementos de prueba que, a juicio del actor, demostraban circunstancias que cambiaban el sentido de las decisiones y el desconocimiento de los precedentes fijados en sentencias proferidas por la Sala de Casación Penal y por esta Corporación.

38.- En tercer lugar, la tutela cumple con el requisito que consiste en haber agotado todos los mecanismos judiciales de defensa al alcance del afectado.

Con respecto al auto proferido el 29 de marzo de 2016, la Sala advierte que el actor formuló oportunamente el recurso de apelación, que corresponde al único medio de defensa judicial con el que contaba para controvertir la decisión y en relación con el auto de 8 de agosto del mismo año, que resolvió la alzada, el accionante no contaba con otro mecanismo para su discusión.

39.- En cuarto lugar, la acción de tutela fue interpuesta en un término razonable, presupuesto que atiende a la finalidad de este mecanismo para lograr la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales.

El carácter oportuno de la tutela es evidente si se considera que la última de las decisiones judiciales a las que el accionante les atribuyó la vulneración de

su derecho al debido proceso se profirió el 8 de agosto de 2016 y la acción de tutela se presentó el 25 de octubre de 2016, es decir menos de tres meses después de que se profirió el auto que resolvió el recurso de apelación.

40.-En quinto lugar, el accionante identificó de manera razonable los hechos que generaron la vulneración de sus derechos, así como las irregularidades que, estima, hacen procedente la acción de tutela. Los hechos están claramente detallados en el escrito de tutela y debidamente soportados en las pruebas documentales obrantes en el expediente.

En efecto, el promotor de la acción identificó las decisiones judiciales que considera transgresoras de sus derechos fundamentales, es decir los autos que denegaron la pena sustitutiva de prisión domiciliaria. Asimismo, indicó los defectos que, en su concepto, afectan las decisiones judiciales cuestionadas – fáctico y desconocimiento del precedente- y las razones que sustentan esas censuras.

41.- En sexto lugar, la acción de tutela no se dirigió contra un fallo de tutela. El demandante cuestionó: (i) el auto proferido **el 29 de marzo de 2016** por el Juzgado 4° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de *Ciudad Azulada* y (ii) el auto **de 8 de agosto de 2016** emitido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de *Ciudad Azulada*, en los que se denegó la pena sustitutiva solicitada por el accionante.

Examen de los requisitos específicos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales en el caso bajo examen

42.- Como quiera que en el presente caso concurren los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra las decisiones judiciales cuestionadas, pasa la Sala a determinar la configuración de los requisitos específicos de procedibilidad, que corresponden a los defectos identificados por el actor. En particular, el defecto fáctico y el desconocimiento del precedente.

Defecto fáctico por falta de valoración de elementos de prueba

43.- El promotor del amparo adujo que las decisiones judiciales cuestionadas desconocieron los elementos de prueba que evidenciaban:

- (i) El cumplimiento de todas sus obligaciones como padre cabeza de familia;
- (ii) la afectación emocional sufrida por sus hijos, establecida a través de dictámenes médicos y de los informes socio económicos realizados por las autoridades de familia;

- (iii) la ausencia permanente de la madre de sus hijos, que demostró con el acta de conciliación a través de la que aquella le entregó la custodia y con las declaraciones de *Mercedes*, y
- (iv) la situación económica y de salud de la abuela paterna de *José Alberto* y *José Francisco*, que evidencia que los esfuerzos que adelanta son insuficientes para garantizar los derechos de sus nietos.

44.- Establecidas las razones en la que se sustenta el defecto fáctico alegado por el actor pasa la Sala a determinar su configuración, de acuerdo con la caracterización efectuada por la jurisprudencia constitucional y que fue referida en los fundamentos jurídicos 20 a 25 de esta sentencia, en la que se descartan los reproches fundados en una valoración diferente de las pruebas o en errores sin incidencia determinante en la decisión.

45.- En relación con el **auto proferido el 29 de marzo de 2016** por el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de *Ciudad Azulada* se advierte que el juez valoró el cumplimiento de las obligaciones del actor como padre de *José Alberto* y *José Francisco*, pero en la ponderación de todas las circunstancias relevantes, tales como la concurrencia de otros miembros de la red familiar en la satisfacción de las obligaciones de aquéllos, el tipo de delito por el que fue condenado (concierto para delinquir agravado en concurso homogéneo con tráfico, fabricación o porte de estupefacientes) y el momento en el que lo cometió (cuando ejercía la custodia exclusiva de sus hijos), no encontró acreditados los presupuestos necesarios para el otorgamiento de la prisión domiciliaria.

En efecto, a partir de los registros civiles de nacimiento de *José Alberto* y *José Francisco*, y del acta de la conciliación celebrada el 6 de agosto de 2014 el juez tuvo por acreditada la condición de padre cabeza de familia de *Fabricio* y el cumplimiento de las obligaciones a su cargo. En consecuencia, no se puede establecer la configuración de un defecto fáctico por la falta de valoración de esa circunstancia.

46.- En segundo lugar, el accionante adujo que no se valoró la afectación emocional sufrida por sus hijos, la cual, contrario a lo reprochado por el actor, contó con una consideración especial por parte del juez, pues señaló que “(...) *la privación de la libertad de un miembro de la familia genera inconvenientes y traumatismos a nivel familiar y que los mismos son más sentidos a nivel de los padres, pero ello no resulta suficiente para conceder la prisión domiciliaria (...)*”⁶⁴

Asimismo, indicó que las dificultades de salud que presentan los hijos del actor derivadas de la privación de la libertad de este, particularmente el proceso de duelo que enfrenta su hijo mayor de edad al enterarse de la

⁶⁴ Folio 40, cuaderno 1.

situación de reclusión de su padre⁶⁵, requieren del apoyo y protección de los demás miembros de la familia, especialmente de la madre “*para que puedan sobrellevar la situación traumática generada por su padre al involucrarse en la ejecución de conductas punibles de la gravedad por las que fue sentenciado*”⁶⁶

En consecuencia, la afectación emocional de *José Alberto* y *José Francisco* fue un aspecto analizado por el juez y frente al cual estimó necesaria la adopción de medidas dirigidas a mejorar la situación de aquellos para que obtuvieran el acompañamiento por parte de los otros miembros de su familia. Entonces, la Sala no advierte la omisión de una circunstancia relevante sino una percepción distinta de la misma y de las medidas que debían adoptarse, la cual no puede tener por configurado el defecto fáctico.

47.- En tercer lugar, el actor indicó que no se valoró la ausencia permanente de la madre de sus hijos que acreditó en el trámite.

En relación con esa censura es necesario indicar que, como se verá, la circunstancia descrita no se omitió por el juzgador y en el caso de que se hubiera desconocido el actor no demostró cómo la ausencia de la madre de sus hijos modificaba el sentido de la decisión, habida cuenta de los demás argumentos que sustentaron la denegación de la pena sustitutiva.

El juez destacó la condición de padre cabeza de familia del accionante y valoró el acta de la conciliación celebrada el 6 de agosto de 2014 en la que *Julieta* le entregó la custodia de sus hijos. Sin embargo, consideró que la progenitora, a pesar de esa actuación, también se comprometió a asumir sus obligaciones en relación con sus hijos, las cuales tienen fundamento legal. El juez advirtió la circunstancia a la que alude el actor y consideró que motivaba la actuación del ICBF para que tomara las decisiones necesarias sobre la custodia, pero no bastaba para otorgar la pena sustitutiva.

En efecto, el juez denegó la prisión domiciliaria porque a pesar de las pruebas que demostraban que *Fabricio* brindaba el apoyo económico, afectivo y emocional requerido por sus hijos: (i) cuentan con el respaldo de su abuela paterna y la empleada doméstica que los cuida desde su nacimiento, es decir que no están en una situación de abandono; (ii) la madre de *José Alberto* y *José Francisco* tiene la obligación de garantizar sus derechos y así lo reconoció en el acta de conciliación; (iii) la gravedad del delito cometido por el actor constituye un factor desestabilizante para sus hijos, y (iv) el delito se cometió por el accionante cuando tenía la custodia exclusiva.

⁶⁵ Certificado emitido por médico psiquiatra y psicoterapeuta en el que indica que *José Alberto* sufre cambios en su estado de ánimo derivados de un factor de estrés familiar, principalmente por enterarse que su padre tiene dificultades con la justicia. “*El cuadro descrito por el paciente está enmarcado en la actualidad como un proceso de duelo con alto riesgo de evolucionar a un cuadro depresivo mayor. El paciente en el momento no requiere a mi criterio tratamiento de tipo farmacológico, pero si un seguimiento y manejo de tipo psicoterapéutico (...)*” folio 52, cuaderno 1.

⁶⁶ Folio 41, cuaderno 1.

Establecidos los argumentos expuestos por el juez, el demandante estaba obligado a presentar las razones por las que una valoración distinta sobre la ausencia de la madre de sus hijos habría modificado el sentido de la decisión. En efecto, la jurisprudencia constitucional ha destacado el carácter excepcional de la tutela contra providencias judiciales y la autonomía con la que cuentan las autoridades judiciales en la valoración de las pruebas, razón por la que no basta proponer una evaluación distinta de las circunstancias sino que es necesario identificar el yerro de la decisión como consecuencia de la falta o indebida evaluación de las pruebas con incidencia en la decisión.

48.- Finalmente, el promotor de la acción señaló que el juez de ejecución de penas no valoró las dificultades de salud que enfrenta la señora Mercedes y, por ende, la insuficiencia de la protección que le brinda a sus nietos.

En la motivación del auto proferido el 29 de marzo de 2016 resulta evidente que no se configura un defecto fáctico por la falta de valoración de las circunstancias descritas, ya que el juez indicó que:

“(...) los hijos del interno se encuentran bajo el cuidado de la señora Mercedes, progenitora del sentenciado, con lo cual se advierte, al igual que se indicara en el informe de visita social del 9 de octubre de 2015, realizada por la Trabajadora Social de la Comisaría Segunda de esta ciudad (fol. 36-40) y el efectuado el 30 de diciembre de 2015 por el Trabajador del Centro de Servicio de Administrativos de estos juzgados (fol.91-93), que los menores cuentan con otro familiar que les brinda protección, en efecto, su abuela paterna, pese a su condición de salud, labora como docente, les proporciona los cuidados necesarios y les provee de lo requerido para su subsistencia aunado a que cuentan con el cuidado de la señora María, empleada doméstica de la familia hace varios años con quien conviven (...)”⁶⁷

En consecuencia, contrario a lo señalado por el accionante, el juez tuvo en cuenta las dificultades de salud de la abuela paterna de José Alberto y José Francisco, y destacó que a pesar de ello en el trámite se demostró que brinda el apoyo requerido para la satisfacción de sus necesidades. En efecto, en atención al carácter excepcional de la pena sustitutiva y a los condicionamientos legales y jurisprudenciales para su otorgamiento, el juez examinó la red familiar y la situación de los niños, y comprobó que la reclusión del actor generaba en sus hijos las afectaciones propias de la privación de la libertad de un familiar, pero no provocó una situación de abandono físico o emocional, ya que están al cuidado de su abuela paterna.

49.- La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ciudad Azulada indicó, en el **auto proferido el 8 de agosto de 2016**, que la situación deseable es que todos los menores de edad estén bajo el cuidado de sus

⁶⁷ Folio 39, cuaderno 1.

progenitores, pero, ante la comisión de un delito por parte de estos, la pena sustitutiva sólo procede cuando la reclusión del padre o la madre cabeza de familia en centro penitenciario provoque una situación de abandono.

Establecidos los condicionamientos de la pena sustitutiva, la Sala destacó, en relación con los hechos en los que se fundó la solicitud, que *José Alberto* es mayor de edad y que si bien en el acta de conciliación aportada, *Julieta* otorgó la custodia exclusiva de sus hijos al actor, también se comprometió a asumir las obligaciones para su protección, manifestación que no evidencia la imposibilidad de atenderlos de manera integral.

Para el juez de segunda instancia, la condición de padre cabeza de familia, de acuerdo con los criterios legales y jurisprudenciales, no se acreditó en el trámite, ya que se comprobó que otros miembros del núcleo familiar concurren en la protección y garantía de sus hijos. En particular, destacó que además de las obligaciones que tiene la madre de *José Alberto* y *José Francisco*, se demostró que la señora *Mercedes* satisface las necesidades de los hijos del actor y, en su ausencia, cuentan con los cuidados de la señora *María*, empleada doméstica de la familia durante mucho tiempo.

Las consideraciones expuestas por la Sala Penal del Tribunal Superior de *Ciudad Azulada* evidencian que, contrario a lo planteado por el actor, la condición de padre cabeza de familia como requisito para el otorgamiento de la prisión domiciliaria no se acreditó por la concurrencia de otros miembros de la red familiar en la protección de sus hijos. En consecuencia, los elementos de prueba que demostraban que *Fabricio* asumió su protección integral no tienen una incidencia determinante en la decisión, pues el juez no cuestionó los cuidados que le brindó a sus hijos sino que consideró que, en su situación de reclusión, existen otros miembros del núcleo familiar que les brindan los cuidados que necesitan.

50.- De otra parte, el actor cuestionó la falta de valoración de las pruebas que demuestran la afectación emocional sufrida por sus hijos.

Tal y como se destacó previamente, en la medida en que la argumentación presentada por el *ad quem* giró en torno a la existencia de otros miembros de la red familiar que pueden contribuir a la satisfacción de los derechos del hijo del actor, la evidente afectación que provoca en los hijos la separación de sus padres como consecuencia de la reclusión en centros carcelarios y penitenciarios no constituiría un factor determinante para la concesión de la prisión domiciliaria. Por ende, la falta de valoración de ese factor, de cara a la argumentación planteada por el juez, no configura un defecto fáctico.

En efecto, si dicha circunstancia fuera determinante para el otorgamiento de la pena sustitutiva, ésta no tendría un carácter excepcional, pues la afectación emocional que sufren los hijos por la ausencia de los padres se presenta en la mayoría de casos.

Las mismas consideraciones son pertinentes en relación con las otras circunstancias que, a juicio del accionante, fueron desconocidas, es decir la ausencia de la madre de *José Alberto* y *José Francisco* y las dificultades de salud de la señora *Mercedes*, pues el asunto determinante para conceder la pena sustitutiva era la verificación del abandono de los hijos del actor. Esa situación fue descartada por el juez cuando advirtió que cuentan con el apoyo de su abuela paterna y los cuidados de la persona que los acompaña desde hace muchos años, y no se demostró la imposibilidad de que la señora *Julieta* asuma las obligaciones legales que tiene con sus hijos.

Los autos cuestionados no incurrieron en defecto fáctico

51.- Las decisiones judiciales en contra de las que se formuló la acción de tutela reconocieron la evolución jurisprudencial en relación con la interpretación de los requisitos para el otorgamiento de la prisión domiciliaria como pena sustitutiva de la reclusión en establecimiento penitenciario y coincidieron, de acuerdo con el criterio vigente, en que dicho sustituto, fundado en la calidad de padre o madre cabeza de familia exige, además de la verificación de esa condición, la evaluación de otras circunstancias como la naturaleza del delito, la finalidad de la pena y los antecedentes penales.

Asimismo, los jueces resaltaron que el mecanismo en mención busca proteger el interés superior de los niños, niñas y adolescentes de situaciones de total abandono. En consecuencia, la valoración de las pruebas que adelantaron giró en torno a las circunstancias de los hijos del actor para establecer una situación de abandono que requiriera ser conjurada a través del otorgamiento de la pena sustitutiva, ejercicio en el que concluyeron que los hijos del accionante se encuentran a cargo de su abuela paterna, cuentan con los cuidados de una persona que estuvo vinculada a su cuidado desde hace mucho tiempo y además existen obligaciones en cabeza de su madre.

El juez de primera instancia, además de la verificación de las condiciones de *José Alberto* y *José Francisco* de las que no advirtió una situación de vulneración de sus derechos, consideró que la pena sustitutiva también era improcedente como consecuencia de los delitos por los que fue condenado el actor -concierto para delinquir agravado en concurso heterogéneo con tráfico, fabricación y porte de estupefacientes- y el hecho de que los cometió cuando tenía la custodia exclusiva de sus hijos.

Por su parte, el juez de segunda instancia al constatar las circunstancias de los hijos del demandante descartó la procedencia del sustituto, pues la satisfacción de las necesidades de aquellos no depende exclusivamente del actor, ya que en la red familiar existen otros miembros que contribuyen con su cuidado. Con base en estas consideraciones consideró que no se acreditaba la condición de padre cabeza de familia.

Establecida dicha fundamentación no se comprobó que las circunstancias que a juicio del actor se omitieron fueran decisivas para el sentido de la decisión y que de haberse tenido por probadas hubieran generado el otorgamiento de la prisión domiciliaria. En efecto, el auto proferido en primera instancia hizo una valoración expresa de todas las particularidades a las que aludió el demandante y a pesar de ello arribó a la misma conclusión sobre la improcedencia de la pena sustitutiva.

52.- Así las cosas, como quiera que la configuración del defecto fáctico sólo procede como consecuencia de un error en el juicio valorativo de las pruebas ostensible, flagrante y manifiesto con incidencia directa en la decisión no se advierte la configuración de la causal específica de procedibilidad en mención.

Desconocimiento del precedente

53.- El promotor de la acción de tutela adujo que las decisiones judiciales cuestionadas desconocieron el precedente sentado en las sentencias **T-705 de 2013** proferida por la Sala Sexta de Revisión y del **14 de mayo de 2013** de la Sala de Casación Penal (radicación 66744), en las que se resolvieron casos con circunstancias similares a las suyas y se concedió la prisión domiciliaria.

Tal y como se indicó en los fundamentos jurídicos 21 a 26 de esta sentencia para establecer el desconocimiento del precedente es necesario verificar: (i) que en la *ratio decidendi* de la sentencia anterior se encuentre una **regla jurisprudencial** aplicable al caso a resolver; (ii) que esta *ratio* resuelva un **problema jurídico semejante** al propuesto en el nuevo caso y (iii) que los **hechos del caso sean equiparables** a los resueltos anteriormente.

En consecuencia es necesario determinar las circunstancias que fueron objeto de análisis en las sentencias referidas y el fundamento de la decisión. En la **sentencia T-705 de 2013** se estudió si la decisión judicial que denegó la prisión domiciliaria a la madre de tres niños, de seis, dos y un año de edad vulneraron los derechos fundamentales de estos.

En esa oportunidad, la Sala destacó el carácter excepcional de la tutela contra providencias judiciales y consideró que las comprobadas condiciones de vulnerabilidad de los hijos de la peticionaria evidenciaban que la denegación de la prisión domiciliaria desconoció el interés superior de los niños.

Las circunstancias que se analizaron y en las que se fundó la decisión fue la edad de los niños, debido a la relevancia de la presencia de la madre en la primera infancia; las dificultades materiales y económicas que enfrentaban los abuelos para proveerles condiciones básicas de subsistencia, quienes además tuvieron que abandonar el lugar de residencia por problemas de seguridad; las dificultades de salud congénitas de la niña menor, quién recibió tratamiento de quimioterapia y tuvo una “*operación de corazón abierto debido a deficiencia*

cardiaca”⁶⁸; la carencia de protección efectiva de los progenitores de los niños y el escaso tiempo que podían proporcionarles sus abuelos maternos.

De otra parte, **el fallo de tutela proferido el 14 de mayo de 2013 por la Sala de Casación Penal** advirtió que el juez que denegó la pena sustitutiva de prisión domiciliaria a un padre cabeza de familia sólo identificó el cuidado de los hijos del peticionario por parte de la madre, pero no valoró el informe rendido por la asistente social, en el que se estableció que ella no ejercía de forma adecuada el rol proveedor, protector y cuidador por dificultades de salud y emocionales, las cuales los exponía a mayores riesgos.

54.- Las circunstancias analizadas en las sentencias identificadas por el actor no son equiparables a las estudiadas en las providencias judiciales a las que les atribuye el defecto de desconocimiento del precedente.

Por una parte, en el caso analizado por la Sala Sexta de Revisión se verificó el riesgo en el que se encontraban los derechos de niños que estaban en la primera infancia, ya que enfrentaban graves dificultades de salud, sociales y económicas que no son asimilables a las condiciones de los hijos del actor, *José Alberto*, mayor de edad, y *José Francisco* de 8 años, quienes no enfrentan amenazas sobre sus derechos fundamentales. De otra parte, en el caso estudiado por la Sala de Casación Penal se acreditó el riesgo que corrían los menores de edad al estar al cuidado de su madre, por serios problemas de salud y emocionales que ella padecía.

En consecuencia, aunque se trata de fallos de tutela que advirtieron los defectos de decisiones judiciales que denegaron la prisión domiciliaria solicitada por personas reclusas en establecimientos carcelarios y fundada en la condición de padre o madre cabeza de familia, no configuran precedentes para el caso concreto en la medida en que los hechos del caso no son equiparables, debido a las ostensibles amenazas sobre los derechos de los niños en los casos estudiados en esas oportunidades, las cuales, fueron descartadas por los jueces ordinarios en el presente caso con una valoración razonable de los elementos de prueba.

55.- Finalmente, el accionante enumeró las siguientes circunstancias que a su juicio son suficientes para el otorgamiento de la prisión domiciliaria: (i) no cuenta con antecedentes penales previos al delito por el cual fue condenado; (ii) ha tenido buena conducta en el lugar de reclusión, en el que además ha desempeñado labores de enseñanza; (iii) no hay riesgo de fuga, ya que cumplió más de la mitad de la condena, tiene arraigo familiar y un proyecto de vida prestablecido, pues trabajaba como técnico aeronáutico y adelantaba 6° semestre de la carrera de derecho; (iv) está de por medio el interés superior de sus hijos, y (v) está probada la situación de indefensión de *José Alberto* y *José*

⁶⁸ Fundamento jurídico 6.1.

Francisco y la afectación de sus derechos como consecuencia de “*la ausencia de figuras paternas*”⁶⁹.

En relación con esa argumentación la Sala advierte, de un lado, que el actor no le atribuyó un defecto específico a las decisiones judiciales derivadas de la falta de consideración de dichas circunstancias y, de otro lado, que los autos cuestionados -de acuerdo con las disposiciones y la jurisprudencia vigente- establecieron que la reclusión del accionante en establecimiento carcelario no genera una situación de abandono para sus hijos, la cual constituye el factor determinante para el otorgamiento de la pena sustitutiva cuando se alega la condición de padre cabeza de familia.

En efecto, como se evidenció en el análisis del defecto fáctico, los jueces valoraron la situación de *José Alberto*, mayor de edad, y *José Francisco*, de 8 años, y concluyeron que otras personas del núcleo familiar garantizan la satisfacción de sus necesidades básicas, razón por la que no se torna imperioso el mecanismo sustitutivo. Asimismo, consideraron las obligaciones legales de *Julieta*, la gravedad de los delitos por los que fue condenado el actor, y que los cometió cuando ejercía la custodia exclusiva de sus hijos.

La argumentación en la que se fundamentó la denegación de la prisión domiciliaria no evidencia el desconocimiento del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, ni la vulneración del derecho del debido proceso del actor. Por el contrario, la actividad de los jueces tuvo como eje principal el interés superior de *José Francisco* y con base en este analizaron los requisitos legales pertinentes, consideraron la interpretación que la jurisprudencia ha hecho de estos y valoraron los elementos de prueba aportados para sustentar la solicitud.

En efecto, los elementos de prueba aportados por el actor demostraron que, a pesar de los cuidados, apoyo y recursos brindados a sus hijos, en su ausencia existen otros miembros de la red familiar que satisfacen las necesidades afectivas, emocionales y materiales de *José Alberto* y *José Francisco*. La constatación de otras personas que concurren en la protección de los hijos del demandante descarta su condición de padre cabeza de familia, de acuerdo con el concepto establecido para el otorgamiento de la prisión domiciliaria, en el cual el elemento determinante es el ejercicio exclusivo de todas las cargas en relación con los hijos y, en consecuencia, la situación de abandono que para aquellos genera la ausencia del único miembro de la red familiar que les brinda la protección que requieren.

Asimismo, los elementos de prueba recaudados en sede de tutela, en particular el informe rendido por equipo psicosocial de la Defensoría de Familia del ICBF Regional *La Esperanza* y la inspección adelantada por el Juzgado Segundo de Familia de *Ciudad Azulada*, corroboran las conclusiones a las que arribaron los jueces, pues evidencian que las necesidades básicas de *José*

⁶⁹ Folio 3, cuaderno 1.

Francisco, de 8 años, y *José Alberto*, mayor de edad, están satisfechas como consecuencia de los cuidados brindados por su madre, quién no se ha desligado por completo de sus deberes, su abuela paterna, que asume la mayor carga en relación con la satisfacción de sus necesidades y la señora *María*, quien los cuida desde su nacimiento.

En efecto, como se verá en el acápite siguiente, el entorno social, afectivo, familiar, educativo y económico de los hijos del accionante descarta una amenaza sobre sus derechos fundamentales.

56.- Con fundamento en lo expuesto previamente, la Sala concluye que los autos cuestionados, proferidos el 29 de marzo y 8 de agosto de 2016, no incurrieron en las causales específicas de procedibilidad alegadas por el accionante, es decir los defectos fáctico y de desconocimiento del precedente.

Precisión final

57.-A pesar de que la Sala no encontró probados defectos de las decisiones judiciales que denegaron la prisión domiciliaria solicitada por *Fabricio*, en atención al interés superior de los niños, niñas y adolescentes, y habida cuenta de las facultades *ultra* y *extra petita* con las que cuenta el juez de tutela para la protección de los derechos fundamentales analizará la situación del niño *José Francisco*, en aras de establecer la necesidad de medidas urgentes de protección.

Es necesario aclarar que las consideraciones que adelante la Sala en este acápite (i) no están dirigidas a establecer la viabilidad de la prisión domiciliaria, pues este fue un asunto determinado por los jueces competentes en las decisiones cuestionadas, las cuales fueron analizadas previamente y frente a las que no se advirtió la configuración de defectos, y (ii) no relevan la valoración que deben adelantar las autoridades de familia en el ejercicio de sus competencias. En efecto, el análisis de la situación de *José Francisco* sólo está dirigido a establecer si en esta sede resulta imperiosa la adopción de medidas para la protección inmediata de sus derechos.

58.- Efectuadas esas precisiones, debe resaltarse que desde la primera actuación judicial, relacionada con la solicitud de prisión domiciliaria elevada por el actor, las autoridades judiciales se preocuparon por determinar la situación de los derechos de los hijos del accionante y adelantar las actuaciones necesarias para su protección.

En efecto, el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de *Ciudad Azulada* evaluó las circunstancias de los hijos del accionante y no evidenció condiciones de abandono o de grave afectación de sus derechos, razón por la que consideró improcedente la pena sustitutiva. Sin embargo, le ordenó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar emprender las gestiones necesarias para establecer la custodia del niño *José Francisco*.

Luego, en el trámite de revisión se vinculó al instituto en mención, que solicitó la nulidad de la actuación, entre otras razones, para verificar los derechos del niño y determinar si es necesario un proceso de restablecimiento de derechos.

En atención a los argumentos presentados por el ICBF, la Sala Quinta de Revisión profirió el auto de 14 de marzo de 2017 en el que reprochó la actuación de la entidad al exigir la nulidad del trámite con base en una causal inexistente y con fundamento en su propia negligencia, pues desde el requerimiento efectuado el 26 de marzo de 2016 por el Juzgado 4° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de *Ciudad Azulada* se limitó a solicitar información adicional, y no adelantó alguna actuación concreta para verificar y restablecer los derechos del niño.

Asimismo, la Sala expresó su preocupación sobre el cumplimiento de las obligaciones del ICBF, ya que en su respuesta supeditó el ejercicio de sus deberes legales, particularmente la importante función de protección y garantía de los derechos de *José Francisco* a las actuaciones del trámite de tutela, las que si bien están relacionadas con los intereses de aquel **no limitan, condicionan o suspenden las competencias de dicha autoridad, cuya actuación resulta imperiosa y urgente en atención a los derechos involucrados y a la prevalencia de los intereses de los niños, niñas y adolescentes.**

En consecuencia, requirió a la entidad solicitante para que, a través de la defensoría competente⁷⁰, cumpliera las funciones que le fueron asignadas legalmente y le otorgó el término de diez días para rendir un informe sobre las actuaciones orientadas a determinar la amenaza o afectación de los derechos del niño. Asimismo, se solicitó el acompañamiento de la Procuraduría General de la Nación para que, en ejercicio de sus competencias constitucionales, hiciera seguimiento a las medidas que se adoptaran en el curso del trámite de tutela por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -Regional *La Esperanza*- para la verificación y restablecimiento de los derechos de *José Francisco*.

59.- Como respuesta a los requerimientos efectuados por esta Corporación, el 8 de abril de 2017 la Jefa de la Oficina Jurídica del ICBF remitió informe sobre la gestión adelantada para determinar la posible amenaza o afectación de los derechos de *José Francisco* en el que se verificaron varias circunstancias relevantes. De las indagaciones realizadas en el colegio en el que estudia el niño se advirtió que: (i) la señora *Julieta* es su acudiente, asiste a las reuniones y recibe los informes -la última reunión a la que asistió fue el 24 de marzo de

⁷⁰Artículo 79 de la Ley 1098 de 2006 “*Defensorías de Familia. Son dependencias del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de naturaleza multidisciplinaria, encargadas de prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes.*”

2017- y (ii) el niño tiene garantizado el derecho a la educación, presenta buen rendimiento académico y comportamiento adecuado.

Asimismo, el ICBF remitió los informes rendidos por el equipo psicosocial (psicóloga y trabajadora social), quienes visitaron el lugar de residencia del niño, lo entrevistaron y evaluaron su entorno familiar. En el informe rendido por la psicóloga informó que *José Francisco*: (i) tiene fuertes lazos afectivos con su papá, hermano mayor y niñera; (ii) cuenta con todos los derechos básicos garantizados como identidad, salud y colegio; pero se encuentra vulnerado el derecho a la custodia debido a que su padre se encuentra privado de la libertad; (iii) no ha sufrido ningún tipo de maltrato físico, verbal o negligencia, y (iv) cuenta con un entorno habitacional adecuado para su desarrollo.

Por su parte, la trabajadora social expuso las siguientes conclusiones: (i) a nivel afectivo y de red vincular existe una adecuada relación entre los miembros de la familia; (ii) el núcleo familiar está comprometido con el cuidado y protección del niño; (iii) los recursos son suficientes para el cubrimiento de las necesidades básicas de la familia; (iv) la dinámica socio familiar, las características motivacionales y relacionales antecedentes y presentes en el grupo familiar son favorables; (v) existe interés por parte de los cuidadores de *José Francisco* de velar por su bienestar, y (vi) las condiciones son favorables para el desarrollo y formación integral del niño. En atención a esas consideraciones, la trabajadora social advirtió que en el hogar de *José Francisco* “no se evidencian factores de riesgo que comprometan su adecuado desarrollo e integridad sin embargo no existen figuras ni paterna ni materna”⁷¹, razón por la que sugirió que el Defensor de Familia intervenga para establecer la custodia.

De otra parte, la Magistrada sustanciadora comisionó al Juzgado Segundo de Familia de *Ciudad Azulada* para que adelantara una inspección judicial en el domicilio de los hijos del accionante, autoridad que identificó los siguientes factores positivos : (i) pese a no residir con su familia nuclear ni extensa, *José Alberto* y *José Francisco* cuentan con la compañía de la señora *María*, quien ha ejercido su cuidado personal desde su nacimiento y con quien tienen lazos afectivos fuertes; (ii) las condiciones del lugar de habitación son adecuadas; (iii) *José Alberto* es mayor de edad y no se encuentra vinculado al sistema educativo por falta de recursos; (iv) el niño *José Francisco* tiene garantizados los derechos a la educación, a la salud y de alimentos que se cubren por la abuela paterna, y el cuidado personal por parte de *María*, que es una persona ajena al vínculo filial, pero cercana a nivel afectivo.

Los factores de vulnerabilidad identificados en la inspección fueron: (i) la vulneración del derecho a tener una familia de *José Francisco* como consecuencia del abandono de su madre y reclusión en establecimiento penitenciario de su padre; (ii) a pesar del cuidado brindado por la señora

⁷¹ Folio 157, cuaderno 3.

María, la necesidad de mayor presencia de la familia nuclear o extensa; y (iii) los integrantes de la familia materna y paterna carecen de compromiso afectivo constante, el cual se requiere para la satisfacción plena de los derechos del niño *José Francisco*.

Los elementos de prueba obrantes en el trámite, relacionados con las condiciones del niño involucrado en el asunto, dan cuenta de la afectación que provoca la ausencia permanente de su padre -como consecuencia de la reclusión en establecimiento carcelario- y eventual de su madre. Sin embargo, también demuestran la concurrencia de diversos factores que contribuyen a la satisfacción de sus derechos y necesidades básicas, incluidas las emocionales.

Los informes rendidos por la psicóloga y por la trabajadora social evidencian que los derechos a la salud, educación, vivienda digna, de alimentos y las necesidades afectivas del niño están satisfechas como consecuencia del acompañamiento brindado por su abuela paterna, su hermano mayor de edad y la señora *María*, quien lo cuida desde su nacimiento. Asimismo, la Sala advierte que a pesar de que se refirió de forma constante la ausencia permanente de la madre de *José Francisco*, la información suministrada por el Colegio *La Utopía* evidencia que ella no está completamente desvinculada del cuidado de su hijo, ya que ejerce su rol como acudiente en uno de los ámbitos relevantes para el niño, y en el informe de la trabajadora social se indicó que “*lo visita en ocasiones 1 o 2 veces al mes, tiene comunicación vía telefónica y responde medianamente por la cuota de alimentos, ya que no cuenta con una estabilidad laboral*”⁷²

60.- Aunque la Sala no desconoce el impacto que genera en los niños, niñas y adolescentes la ausencia de sus padres, y la afectación emocional que padece *José Francisco* derivada de la reclusión en el establecimiento carcelario de su progenitor, las acciones emprendidas por otros miembros de la red familiar (abuela paterna, hermano mayor, madre y niñera), han contribuido a la satisfacción de sus derechos y necesidades básicas, razón por la que no se tomarán medidas urgentes de protección, pero se conminará al Defensor de Familia para que adelante las actuaciones correspondientes en relación con la custodia, actuación que se ordenó desde el 26 de marzo de 2016 por el Juzgado 4º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de *Ciudad Azulada* y se sugirió, de forma reciente, por el comité psicosocial del ICBF.

61.- De acuerdo con el artículo 23 del Código de la Infancia y la Adolescencia⁷³ la custodia está íntimamente relacionada con el **cuidado personal**. En este caso es evidente que el accionante, por sus condiciones de reclusión en establecimiento carcelario, no puede ejercer dicho cuidado de forma adecuada, pero la Sala constata la existencia de una red familiar. Con

⁷² Folio 55, cuaderno 3.

⁷³ “*Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. La obligación de cuidado personal se extiende además a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales.*”

base en estos hechos, se considera pertinente que el defensor de familia, de acuerdo con las funciones asignadas en el artículo 82 *ibídem*⁷⁴, analice las circunstancias de *José Francisco*, emprenda el procedimiento de restablecimiento de derechos en el que evalúe nuevamente su situación, identifique a los miembros de la familia que pueden asumir su custodia provisional y tome las medidas de protección que considere pertinentes⁷⁵.

La jurisprudencia constitucional⁷⁶ ha indicado que las medidas que pueden ser adoptadas por las autoridades administrativas según el artículo 53 del Código de la Infancia y la Adolescencia no son taxativas y, en consecuencia, el defensor y el comisario de familia son competentes para adelantar las actuaciones provisionales tendientes al restablecimiento de los derechos de los niños, que consideren adecuadas para evitar que se materialicen las amenazas o peligros que se ciernen sobre ellos. Asimismo se ha precisado que:

*“(...) cualquier medida de restablecimiento de derechos debe estar precedida por un análisis de oportunidad, conducencia y conveniencia. Lo contrario podría conllevar, de manera paradójica, a la negación de los derechos que el Estado pretende proteger y a la admisión de la arbitrariedad como regla, en contra del derecho fundamental al debido proceso administrativo.”*⁷⁷

De otra parte, las medidas de restablecimiento deben considerar, de forma particular, el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia, razón por la que el artículo 22 *ibídem* precisa que *“(...) sólo podrán ser separados de la familia cuando esta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos conforme a lo previsto en este código.”* En consecuencia, las actuaciones emprendidas para la protección de los derechos de los menores de edad deben procurar que el restablecimiento se adelante en el núcleo familiar y que la separación de este sea excepcional⁷⁸.

⁷⁴ “Artículo 82. Funciones del Defensor de Familia. Corresponde al Defensor de Familia:

1. Adelantar de oficio, las actuaciones necesarias para prevenir, proteger, garantizar y restablecer los derechos de los niños, las niñas, los adolescentes y las adolescentes cuando tenga información sobre su vulneración o amenaza.

2. Adoptar las medidas de restablecimiento establecidas en la presente ley para detener la violación o amenaza de los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes.

(...)”

⁷⁵ La asignación de la custodia a familiares u otras personas no transmite la patria potestad. Artículos 288 y 315 del Código Civil *“La patria potestad es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone. - Corresponde a los padres, conjuntamente, el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos legítimos. A falta de uno de los padres, la ejercerá el otro”, y “La emancipación judicial se efectúa, por decreto del juez, cuando los padres que ejerzan la patria potestad incurran en alguna de las siguientes causales: 1. Por maltrato del hijo. 2- Por haber abandonado al hijo. 3. Por depravación que los incapacite de ejercer la patria potestad. 4. Por haber sido condenados a pena privativa de la libertad superior a un año. - En los casos anteriores podrá el juez proceder a petición de cualquier consanguíneo del hijo, del abogado defensor de familia y aún de oficio”.*

⁷⁶ Sentencia T-557 de 2011. M.P. María Victoria Calle Correa.

⁷⁷ Sentencia T-387 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁷⁸ Sentencias T-572 de 2009, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-671 de 2010, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-502 de julio de 2011, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-580^a de 2011, M. P. Mauricio González Cuervo y T-387 de 2016 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

62.- En el presente caso no se advirtió una situación de afectación de los derechos fundamentales del niño y se comprobó la satisfacción de sus necesidades básicas, incluidas las afectivas, como consecuencia de las actuaciones de su red familiar (integrada por su madre, abuela paterna y hermano mayor). Sin embargo, la situación de reclusión del actor genera dudas sobre el ejercicio adecuado de la custodia del menor de edad por parte de sus familiares, los primeros llamados a atenderlo⁷⁹.

Así las cosas, con base en el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, y advertida una omisión en relación con la valoración integral de la custodia de *José Francisco*, de la que no se advierte *prima facie* la afectación de sus derechos fundamentales, la Sala considera necesario que las autoridades de familia evalúen dicha circunstancia y emitan las órdenes que consideren necesarias, en el marco de sus competencias, para garantizar la protección del niño, en las que determinen oportunidad, conducencia y conveniencia de la medida, y prioricen la permanencia con su núcleo familiar. Tras un nuevo análisis de la situación se podrá establecer, por ejemplo, que la medida más adecuada es la permanencia de la custodia en cabeza del padre y el otorgamiento formal del cuidado personal a otro miembro de la red familiar, o la concesión de la custodia provisional a un miembro de la familia.

⁷⁹ Constitución Política artículo 44 “(...) *La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.*”

Ley 1098 de 2006, artículo 39. “*Obligaciones de la familia. La familia tendrá la obligación de promover la igualdad de derechos, el afecto, la solidaridad y el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad y debe ser sancionada. Son obligaciones de la familia para garantizar los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes:*

1. *Protegerles contra cualquier acto que amenace o vulnere su vida, su dignidad y su integridad personal.*
2. *Participar en los espacios democráticos de discusión, diseño, formulación y ejecución de políticas, planes, programas y proyectos de interés para la infancia, la adolescencia y la familia.*
3. *Formarles, orientarles y estimularles en el ejercicio de sus derechos y responsabilidades y en el desarrollo de su autonomía.*
4. *Inscribirles desde que nacen en el registro civil de nacimiento.*
5. *Proporcionarles las condiciones necesarias para que alcancen una nutrición y una salud adecuadas, que les permita un óptimo desarrollo físico, psicomotor, mental, intelectual, emocional y afectivo y educarles en la salud preventiva y en la higiene.*
6. *Promover el ejercicio responsable de los derechos sexuales y reproductivos y colaborar con la escuela en la educación sobre este tema.*
7. *Incluirlos en el sistema de salud y de seguridad social desde el momento de su nacimiento y llevarlos en forma oportuna a los controles periódicos de salud, a la vacunación y demás servicios médicos.*
8. *Asegurarles desde su nacimiento el acceso a la educación y proveer las condiciones y medios para su adecuado desarrollo, garantizando su continuidad y permanencia en el ciclo educativo.*
9. *Abstenerse de realizar todo acto y conducta que implique maltrato físico, sexual o psicológico, y asistir a los centros de orientación y tratamiento cuando sea requerida.*
10. *Abstenerse de exponer a los niños, niñas y adolescentes a situaciones de explotación económica.*
11. *Decidir libre y responsablemente el número de hijos e hijas a los que pueda sostener y formar.*
12. *Respetar las manifestaciones e inclinaciones culturales de los niños, niñas y adolescentes y estimular sus expresiones artísticas y sus habilidades científicas y tecnológicas.*
13. *Brindarles las condiciones necesarias para la recreación y la participación en actividades deportivas y culturales de su interés.*
14. *Prevenirles y mantenerles informados sobre los efectos nocivos del uso y el consumo de sustancias psicoactivas legales e ilegales.*
15. *Proporcionarles a los niños, niñas y adolescentes con discapacidad un trato digno e igualitario con todos los miembros de la familia y generar condiciones de equidad de oportunidades y autonomía para que puedan ejercer sus derechos. Habilitar espacios adecuados y garantizarles su participación en los asuntos relacionados en su entorno familiar y social.”*

Finalmente, en atención a la comprobada inactividad del ICBF en relación con la custodia del hijo del accionante se solicitará la intervención de la Procuraduría General de la Nación para que acompañe y le haga seguimiento a las órdenes emitidas en esta sede.

63.- En síntesis, en el presente caso no se demostraron las exigencias para el otorgamiento de la prisión domiciliaria solicitada por el actor, debido a que, tal y como lo indicaron las decisiones judiciales cuestionadas, su situación de reclusión no generó una situación de abandono para su hijo menor de edad, ya que otros miembros del núcleo familiar le proveen los cuidados necesarios y satisfacen sus necesidades básicas. En particular, la Sala comprobó que las condiciones sociales, familiares, económicas, educativas y afectivas de *José Francisco* no evidencian una amenaza sobre sus derechos fundamentales, pero advirtió que no se han adoptado medidas formales en relación con su custodia provisional, razón por la que se requerirá a la Defensoría de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional *La Esperanza* Centro Zonal *La Paz* para que, en ejercicio de sus competencias, evalúe las circunstancias relacionadas con la custodia del niño y adopte las medidas de protección que considere necesarias.

DECISIÓN

Con base en las consideraciones expuestas, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR integralmente el fallo de tutela emitido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, el 9 de diciembre de 2016, que confirmó la sentencia proferida el 8 de noviembre de 2016 por la Sala de Casación Penal de esa Corporación, en el proceso de tutela promovido por *Fabricio* contra la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de *Ciudad Azulada* y el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de la misma ciudad.

SEGUNDO: REQUERIR a la Defensoría de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional *La Esperanza* Centro Zonal *La Paz*, para que analice las circunstancias del niño *José Francisco* y adopte las medidas que estime pertinentes en relación con la custodia y el cuidado personal del niño, en las que priorice la permanencia en su núcleo familiar.

TERCERO: SOLICITAR a la Procuraduría General de la Nación que, en ejercicio de sus competencias constitucionales, acompañe y le haga

seguimiento al cumplimiento de la orden emitida en esta sede relacionada con la custodia del niño José Francisco.

CUARTO: Por Secretaría General líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada

IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO
Magistrado (e.)

CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Magistrada

ROCÍO LOAIZA MILIÁN
Secretaria General (e.)