

**UNIVERSIDAD MILITAR
NUEVA GRANADA**



**PRISIÓN DOMICILIARIA COMO ALTERNATIVA DE
PROTECCIÓN DE LA UNIDAD FAMILIAR DE LOS (AS) MENORES
HIJOS DE PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD**

:

FABIO DE JESÚS MAYA ANGULO

**Artículo de investigación presentado como requisito para optar al título de
Magister en Derecho Procesal Pena**

**Docente Asesor
CARLOS BERNAL**

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL PENAL
BOGOTÁ D.C.
2012**

CONTIENE

pág.

PRISIÓN DOMICILIARIA COMO ALTERNATIVA DE PROTECCIÓN DE LA UNIDAD FAMILIAR DE LOS (AS) MENORES HIJOS DE PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD	1
PRISIÓN.....	3
PRISION DOMICILIARIA COMO ALTERNATIVA DE PROTECCION DE LA UNIDAD FAMILIAR DE LOS (AS) MENORES HIJOS DE PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD	3
RESUMEN.....	3
ABSTRACT	4
INTRODUCCIÓN.....	4
1. EL NÚCLEO FAMILIAR Y LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS.....	5
2. La prevalencia de los derechos de los niños	9
3. Opciones para la protección de la unidad familiar	14
4. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA PRISIÓN DOMICILIARIA.....	15
5. MADRE O PADRE CABEZA DE FAMILIA.....	19
6. CONDICIÓN DE CABEZA DE FAMILIA en caso de separación de la pareja.....	22

7. FINALIDAD DE LA PRISIÓN DOMICILIARIA según EL CÓDIGO PENAL Y LA LEY 750 DEL 2002.....	23
8. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS NIÑOS Y LA FINALIDAD DE LA PENA.....	25
CONCLUSIONES.....	28
BIBLIOGRAFÍA.....	29

PRISIÓN

PRISION DOMICILIARIA COMO ALTERNATIVA DE PROTECCION DE LA UNIDAD FAMILIAR DE LOS (AS) MENORES HIJOS DE PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD

Fabio de Jesús Maya Angulo*

RESUMEN

La prisión domiciliaria es un mecanismo inicialmente concebido con el propósito de procurar el cumplimiento del precepto constitucional de prevalencia de los derechos del menor; sin embargo esa concepción ha evolucionado y ha sufrido modificaciones en la legislación colombiana.

En el presente trabajo se analiza esta evolución considerando el núcleo familiar y los derechos de los niños, la prevalencia de los derechos de los niños, las opciones para la protección de la unidad familiar, la evolución legislativa de la prisión domiciliaria, la opción que madre o padre actúen cabeza de familia, la condición de cabeza de familia en caso de separación de la pareja y la finalidad de la prisión domiciliaria según el código penal y la ley 750 del 2002.

Palabras Claves: Prisión domiciliaria, unidad familiar, derechos de los niños.

ABSTRACT

The domiciliary arrest is a mechanism originally designed in order to ensure compliance with the constitutional principle of prevalence of children's rights, but this concept has evolved and been modified under Colombian law. In this paper we analyze this evolution considering the family and the rights of children, the prevalence of child rights, options for the protection of the family unit, the legislative evolution of home detention, the option that mother or parent acting head of household, the head of household status in case of separation of the couple and the purpose of home detention under the criminal code and the Law 750 of 2002

Key words: Domiciliary prison, household, children's rights

INTRODUCCIÓN

A través de los años la población infantil ha sido víctima de numerosos acontecimientos, sin limitarse a dos guerras mundiales, en las cuales se torturó y asesinó también a esta parte de la población. Durante la mayor parte del Siglo XX estos derechos no fueron internacionalmente reconocidos y fue solo hasta el 20 de noviembre de 1959 cuando el Fondo de la Naciones Unidas para la Infancia Unicef aprobó el documento que los promulgó por primera vez en el contexto mundial¹.

Progresivamente los diferentes países del mundo fueron acogiendo en sus legislaciones internas los derechos señalados por el organismo multilateral, aceptando que los niños, niñas y adolescentes debían tener derechos tal como los tienen los adultos y estableciendo leyes orientadas a la protección de tales derechos.²

Dicha protección formal y material no se ve reflejada cuando ambos padres o uno de ellos es privado de la libertad por la comisión de un delito que comporta pena de prisión

¹ UNICEF. Convención sobre los Derechos del Niño. Documento electrónico. Disponible en Internet. Consultado en marzo 24 de 2012. Disponible en http://www.unicef.org/spanish/crc/index_30177.html

² En Colombia desde la Constitución Nacional de 1991 en su artículo 44 se mencionan de manera explícita los derechos de los niños y se establece que éstos prevalecen sobre los derechos de los demás. A través de diferentes sentencias la Corte Constitucional fijó su posición sobre el principio "*pro infans*" y particularmente a través de la Sentencia T-593 de 2009, con Ponencia del Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, se definen el alcance y la aplicación de este principio.

sin derecho a que se suspenda su ejecución y como resultado de esta situación se genera un rompimiento de la unidad de la familia de ese niño o niña, quedando desprovisto de la plena protección de sus padres.

Resulta oportuno señalar que con la anterior afirmación no se pretende la flexibilización de reglamento interno de los centros penitenciarios del país en cuanto a la edad mínima de ingreso de los niños, niñas y adolescentes, ni tampoco profundizar sobre en cuáles delitos resulta procedente la prisión domiciliaria como pena sustitutiva de la prisión en establecimiento carcelario.

Es claro que la procedencia de este mecanismo sustitutivo debe cumplir con ciertos requisitos que se plantean a lo largo del presente documento.

El ordenamiento jurídico vigente establece la prisión domiciliaria como medida alternativa de protección de la unidad familiar, sirviendo de pena sustitutiva de la prisión en establecimiento carcelario; uno de los objetivos que se logra con esta medida es el de servir como mecanismo tendiente a la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, evitando así que se les separe de su núcleo familiar.

Este mecanismo de emplearse, sin embargo, dentro de las limitaciones que establece el mismo ordenamiento jurídico.³

1. EL NÚCLEO FAMILIAR Y LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS

La familia ha sido definida por la Corte Constitucional, en un criterio reiterado, como:

El núcleo humano que acoge al niño desde su nacimiento, le prodiga cuidados y protección, le facilita la adecuada y oportuna evolución de sus caracteres físicos, morales y síquicos, estructura paulatinamente su personalidad, moldea y orienta sus más diversas inclinaciones y

³ La Ley 750 de 2002 en su artículo 1° establece que “La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá, cuando la infractora sea mujer cabeza de familia, en el lugar de su residencia o en su defecto en el lugar señalado por el juez en caso de que la víctima de la conducta punible resida en aquel lugar”, siempre que se cumplan requisitos relacionados con el desempeño personal, laboral, familiar o social de la infractora, además de que se garantice mediante caución el cumplimiento de ciertas obligaciones y que no se trate de delitos que se mencionan de manera específica en el texto del mismo artículo.

preferencias, forja su amparo para sus derechos, por lo tanto, la separación del entorno familiar afecta al menor en lo más profundo y delicado de su ser y puede causar, además de la desprotección física, gravísimos problemas psicológicos y emocionales y traumas de difícil solución posterior⁴.

En virtud de esa definición y dado que el niño no sabe ni puede pedir, la Corte ha expresado también que la Constitución autoriza a todos a que pidan por él; así mismo, dado que el niño no puede hacer que sus derechos se impongan cuando entren en conflicto con los derechos de los demás, la Constitución define directamente su prevalencia.

El Estado Colombiano ampara a la familia como institución básica de la sociedad⁵ y la regulación constitucional consagra un amplio desarrollo de ese mandato, reconociendo formas válidas para su constitución los rituales religiosos, el ceremonial civil y la voluntad responsable de los cónyuges.⁶

El derecho a la unidad familiar es inherente al reconocimiento universal de la familia como grupo fundamental de la sociedad, al cual se le debe dar protección y asistencia; este derecho está consagrado en los instrumentos universales de derechos humanos y se aplica a todos los seres humanos sin importar su condición.⁷

⁴ Corte Constitucional Sentencia T-049/99 Magistrado Ponente el Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

⁵ Constitución Política art 5.

⁶ A través de la Sentencia T-277 de 2004, con ponencia del Magistrado Carlos Gaviria Díaz, la Corte Constitucional señala la manera como el Estado colombiano ampara a la familia como institución básica de la sociedad, mandato constitucional que se desarrolla, de acuerdo con la Corte, mediante elementos como el reconocimiento de diferentes formas válidas para su constitución, el reconocimiento de la a inviolabilidad de la intimidad, honra y dignidad de la familia y la sanción de cualquier forma de violencia que la afecte, la no obligatoriedad de declarar en contra de los parientes más cercanos, su necesaria concurrencia en la definición de la educación de los menores, en la asistencia y protección de las personas de la tercera edad y el reconocimiento de ése como el marco inmediato en el que se ha de dar la formación física, intelectual y afectiva de los niños.

⁷ De acuerdo con la Mesa Redonda de Expertos reunida en Ginebra en el marco de la Unidad de Familia de Organizada por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados (ACNUR) y el Instituto de Posgrado en Estudios Internacionales de Ginebra, “El derecho a la unidad familiar deriva, entre otros, del artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), el artículo 8 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (1950), el artículo 16 de la Carta Social Europea (1961), los artículos 17 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), el artículo 10 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), el artículo 74 del Protocolo Adicional I de 1977 a la Cuarta Convención de Ginebra relativa a la Protección debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra, el artículo 18 de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981), los artículos 9, 10 y 22 de la Convención de los Derechos del Niño (1989) y los artículos XXIII y XXV de la Carta Africana de los Derechos y el Bienestar del Niño (1990)”. ACNUR, Resumen de conclusiones – unidad de la familia. Ginebra. 2001. 4 p.

El respeto del derecho a la unidad familiar exige no solo que los Estados se abstengan de realizar acciones que resulten en la separación familiar, sino también que adopten medidas para mantener la unidad familiar y reunificar a los familiares que se hayan separado.

La conceptualización del término familia que ha realizado la Corte Constitucional no deja duda de la importancia en la sociedad de esta forma de agrupación y la relevancia que adquiere en la formación del niño, niña o adolescente, de igual manera se encuentra consignada en el Código de la Infancia y la Adolescencia, al establecer en su artículo 22 que “Los niños, niñas y los adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella”⁸.

Los anteriores preceptos legales y jurisprudenciales reafirman el compromiso institucional del Estado para procurar que en el hogar las niñas y los niños se desarrollen plenamente en lo físico, mental, moral y espiritual, para lo cual es necesario proporcionales un ambiente de armonía, amor, comprensión y tolerancia.⁹

Lo vivido en la edad temprana es fundamental para la edad adulta; por ello a la niña y el niño, debe garantizárseles el respeto y la protección de sus derechos; así mismo debe brindárseles todos los cuidados necesarios para su completo desarrollo. Dame un niño hasta lo siete y yo te respondo por su edad adulta, decía al respecto Jean Piaget.¹⁰

La Corte Constitucional señaló que “La separación del entorno familiar afecta al menor en lo más profundo y delicado de su ser y puede causar, además de la desprotección física, gravísimos problemas psicológicos, emocionales y traumas de difícil solución posterior”.¹¹

⁸ Ley 1098 de noviembre 8 de 2006 por el cual se expide el Código de la infancia y la adolescencia. Artículo 22.

⁹ El poeta griego Teognis, natural de Megara, decía ya desde el Siglo VI al respecto, que la familia es el espejo de la sociedad y que es mucho más fácil dar el ser a un hijo, que darle una buena alma. PÁRAMO, Jorge. Teognis de Megara. Selección de poemas. En Revista de Estudios Sociales. Universidad de los Andes. Colombia. 2001. p. 102 – 106.

¹⁰ Jean Piaget, psicólogo suizo, 1896-1980, desarrolló la teoría sobre la naturaleza del conocimiento. Su popularidad se basó en poner de manifiesto, a través de importantes descubrimientos, en qué consiste el pensamiento infantil. JORGE María, ARENCIBIA Ricardo. El pensamiento psicológico y pedagógico de Jean Piaget. En Revista Cubana de Psicología. Vol. 20. No. 1. 2003. Pp. 87 – 90.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia T-049/99. Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo.

La condición física y mental del menor convoca la protección especial del Estado y le concede validez a las acciones y medidas dispuestas a mitigar su situación de debilidad que de otro modo, serían violatorios del derecho de igualdad de rango constitucional. Por tales motivos esta la necesidad de establecer la prisión domiciliaria como la alternativa de protección con la cual cuenta la sociedad para poder proteger la unidad familiar de los hijos de las personas privadas de la libertad.

En este sentido la Corte Constitucional ha señalado que: “Las Autoridades Carcelarias deben evitar a los internos y a sus familias sufrimientos innecesarios y daños irreparables, resaltando aquellos casos en que las medidas irremediamente afectan a los niños”¹². Para el Tribunal la afectación sin límites de los derechos de las prisiones pueden afectar a terceros, por lo que se exige la evaluación de las medidas adoptadas en contra del reo.

La Corte también aprovechó esta Sentencia para reiterar que “todo sufrimiento innecesario a un recluso, pierde la justificación del ejercicio legítimo de la violencia por parte del Estado y se convierte en un atropello”¹³, el cual se debe evaluar de la misma manera como se evalúa cualquier tipo de violencia injustificada contra personas que no se encuentran privadas de la libertad.

La misma Colegiatura ya había señalado previamente que: “La familia desempeña, por lo general, un papel fundamental en el desarrollo y protección de los menores. Son los nexos familiares los primeros que se construyen y a partir de los mismos se apropián niñas y niños del lenguaje, construyen su propio mundo y comienzan a relacionarse con el mundo que los rodea”¹⁴.

La Corte reconoció en esta Sentencia que gran parte de la autoestima de los menores y de la seguridad en sí mismos, depende de la forma como se tejan sus vínculos familiares, lo que hace que un niño rodeado del amor y del bienestar que le pueda brindar su familia, suela ser un niño abierto a los demás y solidario.

¹² Corte Constitucional, Sentencia T-566/07 Magistrado Ponente Clara Inés Vargas Hernández.

¹³ *Ibíd.*

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-1275/05 Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto.

Para la Corte la importancia que tiene la protección de la institución familiar radica en la necesidad de procurar un ambiente propicio para que los vínculos familiares se construyan con fundamento en condiciones positivas para el desarrollo integral de las niñas y de los niños.¹⁵

Esta posición de la Corte Constitucional Colombiana coincide con lo señalado por la UNICEF en el marco de la Convención sobre Derechos del Niño, en el sentido de que el desarrollo integral del niño se concibe desde sus relaciones familiares; esta posición del organismo multilateral dio origen a que dentro de ese mismo marco se reconocieran dentro de los derechos del niño el de conocer a sus padres, el de ser cuidado por estos y el de no ser separado de ellos.¹⁶

2. LA PREVALENCIA DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS

Los principios de protección especial y de Interés superior del menor, así como los derechos ya reconocidos en el plano legal y en los convenios internacionales, se elevan a nivel constitucional y se les ha dotado de prevalencia “sobre los derechos de los demás”.¹⁷

La consideración del niño como sujeto privilegiado de la sociedad produce efectos en distintos planos; la condición física y mental del menor convoca la protección especial del Estado y le concede validez a las acciones y medidas dispuestas a mitigar su situación de debilidad que, de otro modo, serian violatorias del derecho de igualdad¹⁸ de rango constitucional.

¹⁵ *Ibíd.*

¹⁶ UNICEF. Convención sobre los Derechos del Niño. Versión adaptada para jóvenes. UNICEF Comité Español, 2005. 52 p.

¹⁷ Sentencia T-078 del 2010. Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁸ La Corte ha determinado que la protección jurídica de los intereses de las personas atiende a dos criterios principales, siendo uno de ellos el principio general de igualdad señalado en el artículo 13 Constitución Política,

La coordinación de derechos y la regulación de los conflictos que entre éstos se presentan, en el caso de que se vea comprometido un menor, debe resolverse según la regla *pro infans*¹⁹, por cuanto el trato especial que se le dispensa al niño, lejos de ser un intento de conferirle protagonismo, no es otra cosa que un ensayo de igualdad que realiza la Constitución.

Sabido es que el interés del niño merece una consideración primordial y así lo establece la Convención “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”²⁰.

En igual sentido se fija que si existe un conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

De acuerdo con la Defensoría del Pueblo, por medio de la Sentencia C-041 de 1994 “la Corte Constitucional al declarar exequibles los artículos 43, 44, 45, 46, 47, 68, 72, 223, 272, 273, 299, 312, 315, 326 y 331 del Decreto 2737 de 1989 conocida como Código del Menor, expuso que los derechos del niño y los correlativos deberes de la familia, la sociedad y el Estado reciben en la Constitución un notorio reforzamiento institucional”²¹.

según el cual en Colombia imperan, para su plena satisfacción, tres obligaciones claras: 1) de trato igual frente a la ley; 2) la igualdad de trato o igualdad en la ley, y 3) la prohibición constitucional de discriminación cuando el criterio diferenciador para adjudicar la protección sea sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. Corte Constitucional. Sentencia C-185/11, Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁹ El principio de la protección del interés superior de los niños llamado por la Corte en varias de sus sentencias el *principio pro infans*, se estipula de manera clara desde 1989 en el Código del Menor colombiano, decreto 2737, que reproduce lo que al respecto dijo la Convención sobre los Derechos del Niño de 1982. Esta Convención fue ratificada por Colombia y el uso de este principio en la jurisprudencia de la Corte Constitucional se destaca en las sentencias T-523 de 1992 (Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón), C-041 de 1994 (Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz), Sentencia T-298-94 (Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz), T-640 de 1997 (Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonel), T-494 de 2005 (Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil), Sentencia T-078 de 2010 (Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva), entre otras.

²⁰ UNICEF. Convención sobre Derechos de los Niños. Artículo 3. Último párrafo.

²¹ Defensoría del Pueblo de Colombia. Observatorio de Justicia Constitucional. Protección constitucional a la infancia y derechos fundamentales de los niños y las niñas. Documento electrónico. Descargado el 24 de marzo de 2007. Disponible en Internet. <http://www.defensoria.org.co/ojc/pdf.php/1>

Debe procurarse evitarse que la pena trascienda a la persona del autor y respetarse el interés superior del niño dentro del marco de lo razonable, para que aquella no constituya una sanción también para ellos. En este sentido, esto no significa eliminar el reproche penal a estas personas si efectivamente lo merecen; lo único que implica es que el interés social no puede prevalecer sobre los derechos a la vida, la salud, la integridad o la dignidad de los condenados o procesados.²² Menos aún se puede tener a los niños y niñas en condiciones de detención cuando esto vulnera los derechos contemplados en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño...²³

Esta necesidad de proporcionar una "protección especial" al niño y la exigencia de brindarle una atención primordial al interés superior del niño el cual implica la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías que le son reconocidos, brindan un parámetro objetivo que permite resolver los conflictos en los que ellos están

²² De acuerdo con la Sentencia T-617/10, la Corte, con Ponencia del Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva, expone que ella ha definido el alcance del interés superior del menor en diversos pronunciamientos; en la sentencia T-514 de 1998 explicó que este principio comporta un reconocimiento de una "caracterización específica" para el niño, que impone la obligación de especial protección a la familia, la sociedad y el Estado. En la sentencia T-979 de 2001, agregó la Corte que "el reconocimiento de la prevalencia de los derechos fundamentales del niño (...) propende por el cumplimiento de fines esenciales del Estado, en consideración al grado de vulnerabilidad del menor y a las condiciones requeridas para su crecimiento y formación, y tiene el propósito de garantizar el desarrollo de su personalidad.

²³ La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 prescribe en su artículo 25-2 que "la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados de asistencia especiales", y que "todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera del matrimonio, tienen derecho a igual protección social. Así mismo el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño señala que "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño". El artículo 3.2 de la misma Convención establece que "los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas". Así mismo el artículo 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe que "todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado". También el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, señala que "todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado"; en el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se determina que "se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición". De la misma manera el principio 2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño menciona la especial protección de que son beneficiarios los menores, y establece la obligación estatal de brindar recursos necesarios para su desarrollo físico, mental, moral, espiritual y social, en condiciones de libertad y dignidad, medidas que deben establecerse con atención al interés superior del niño.

involucrados, debiendo tenerse en consideración aquellas soluciones que les resulten de mayor beneficio.²⁴

La Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad; de acuerdo con la Constitución Política, los niños gozarán de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

Así mismo, los países que conforman la Unicef acordaron que la Convención, como primera ley internacional sobre los derechos de los niños y niñas, es de carácter obligatorio para los Estados firmantes. El artículo primero de la Convención señala que “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”²⁵

Como consecuencia de lo anterior, ante cualquier proceso judicial en el que se advierta la potencial afectación de los derechos que conforman el interés superior del niño, el Juez que intervenga debe custodiar que los mismos no sean vulnerados, puesto que esos derechos y garantías son de orden público. Es así como la ley 1098 de 2006 o Código de Infancia y Adolescencia establece 13 criterios que deben ser atendidos por la autoridad judicial Con el fin de garantizar el restablecimiento de los derechos en los

²⁴ Al respecto el Código de Infancia y Adolescencia señala concretamente las soluciones que deben darse durante los procesos judiciales en que se puedan ver comprometidos los derechos de los niños, incluyendo la asistencia de la Defensoría de Familia, la práctica de medidas cautelares, tener especial cuidado en los procesos que terminan por conciliación, abstenerse de aplicar el principio de oportunidad y la condena de ejecución condicional cuando los niños, las niñas o los adolescentes sean víctimas del delito, tener en cuenta su opinión en los reconocimientos médicos que deban practicárseles, ordenar a las autoridades competentes la toma de medidas especiales para garantizar su seguridad, informarle tanto a ellos como a sus padres, representantes legales o personas con quienes convivan sobre la finalidad de las diligencias del proceso, el resultado de las investigaciones y la forma como pueden hacer valer sus derechos, abstenerse de decretar la detención domiciliaria, en los casos en que el imputado es miembro del grupo familiar del niño, niña o adolescente víctima del delito y hacer que en los casos en que un niño niña o adolescente deba rendir testimonio esté acompañado de autoridad especializada o por un psicólogo.

²⁵ Unicef. Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 1.

procesos por delitos en los cuales sean víctimas los niños, las niñas y los adolescentes.²⁶

Ahora bien, no debe entenderse que necesariamente el interés superior del niño se equipara con convivencia materno-filial, ya que la misma Convención sobre los Derechos del Niño contempla la posibilidad de que los niños sean separados de sus padres cuando la cohabitación con ellos resulte contraria a aquél interés (por ejemplo cuando el niño o sus hermanos sea objeto de maltrato).

En consecuencia, en cada caso concreto, el juez deberá ponderar la conveniencia o no de la prisión domiciliaria de la madre o padre, puesto que no se trata de una concesión automática y habrá supuestos en los que, en resguardo del interés superior del niño, no deberá sustituirse la modalidad de ejecución de la pena.²⁷

Es claro, entonces, que el otorgamiento de la prisión domiciliaria es una atribución facultativa del juez quien deberá comprobar la existencia de un vínculo real y afectivo entre la madre y el niño, quien haya estado y vaya a estar a su cargo y cuidado, como así también ponderar que la permanencia del niño con su madre no represente un riesgo o peligro para él.

Asimismo deberá considerar la conflictiva delictual, la conducta y el concepto de la persona privada de la libertad, observado durante detención en tanto proporcionan indicadores positivos o negativos para valorar si la mujer respetará los límites propios de la prisión domiciliaria y proporcionará al niño los cuidados adecuados.²⁸

²⁶ Ley 1098 de 2006. Código de Infancia y Adolescencia. Artículo 193.

²⁷ En la Sentencia T-093 de 2009 la Corte Constitucional estableció que al momento de que los jueces penales entran a valorar la conveniencia de que a un sujeto le sea reconocido el derecho de detención domiciliaria y que dicha medida no comprometa los intereses y derechos de la comunidad, deberán tener en cuenta, aspectos la existencia o no de antecedentes penales, el tipo de conducta penal que motivó su condena y su comportamiento en otras esferas sociales. Bajo estas circunstancias, se estaría frente a una ponderación de derechos, en el que a los intereses sociales en el cumplimiento de las penas se opone el interés superior de proteger y garantizar los derechos fundamentales de un niño, derechos que como lo señala la misma Carta en su artículo 44, son prevalentes.

²⁸ De las 3.397 mujeres que están recluidas, 2.718 son madres solteras y tienen un promedio de entre dos y tres hijos menores de 18 años, según el INPEC. VELÁSQUEZ, Fernando. Cuadernos de Derecho Penal. N° 3. Universidad Sergio Arboleda. 2010. p. 70.

3. OPCIONES PARA LA PROTECCIÓN DE LA UNIDAD FAMILIAR

La detención domiciliaria debe ser viable en los casos en que los padres están privados de la libertad, teniendo en cuenta que esa medida no es una suspensión de la condena sino una alternativa de ésta se cumpla fuera de los establecimientos penitenciarios. Por otro lado, la privación de la libertad en estos establecimientos puede generar un efecto adverso para los fines que se fija y es especialmente frente al propósito de lograr la reinserción del condenado.

Ella debe proceder en el lugar que el juez determine y sólo se debe negarse cuando la familia del procesado es la víctima en la actuación...”²⁹.

En el marco de las evidentes razones humanitarias que guían el instituto de la prisión domiciliaria, se tiene como criterio rector la finalidad de asegurar el interés superior del niño y de los derechos fundamentales del niño, entre los cuales cabe mencionar el de preservar a su “...familia como medio natural para el crecimiento y bienestar ...”, destacando lo esencial que resulta para el desarrollo de los niños el contacto con su madre en los primeros años de vida y los perjuicios que sobre ellos produce la separación a tan corta edad.³⁰

²⁹ En la Sentencia T-412/09 la Corte afirmó que el proceso de resocialización es impensable o mucho más adverso sin el concurso activo y la presencia constante del grupo familiar.

³⁰ En la Sentencia T-580A/11 la Corte Constitucional reitera que el derecho de los niños a tener una familia y no ser separado de ella, es un derecho fundamental que goza de especial protección constitucional, plasmado en el artículo 44 de la Constitución Política y en instrumentos internacionales, al considerar que se trata del medio natural de crecimiento y bienestar de sus miembros, en especial de los niños sujetos de protección especial. En la misma Sentencia la Corte además expone los criterios jurídicos relevantes para determinar el interés superior del menor, y para materializar el carácter prevalente de sus derechos fundamentales, “con miras a tomar la decisión que corresponda en cada caso. (i) Garantía del desarrollo integral del menor; (ii) Garantía del pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor. Los derechos de los menores deben interpretarse siempre aplicando la norma más favorable a sus intereses; (iii) Protección del menor frente a riesgos prohibidos. Se debe resguardar al menor de todo tipo de abusos y arbitrariedades, y protegerlos frente a condiciones extremas que amenacen su desarrollo armónico, tales como el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la violencia física o moral, la explotación económica o laboral, y en general, el irrespeto por la dignidad humana en todas sus forma; (iv) Equilibrio entre los derechos de los niños y los derechos de sus parientes biológicos o de hecho, sobre la base de que prevalecen los derechos del menor. Cuando el equilibrio entre los derechos del niño y los de sus parientes (biológicos o de hecho) se quiebre, la solución deberá ser la que mejor satisfaga el interés superior del menor. En relación con los intereses de los padres, estos pueden ser antepuestos a los del niño cuando ello satisfaga su interés prevaleciente, y garantice la materialización de su interés superior; (v) Necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del menor involucrado”. Corte Constitucional. Sentencia T-580A/11. Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo.

La ausencia de una figura adulta que cumpla las funciones de cuidado y crianza cuando sus madres o padres cumplen encarceramiento, así como los daños que se derivan de la permanencia de los niños con sus madres, dentro de los ámbitos carcelarios; por ello se manifestaron en el sentido de que la prisión domiciliaria garantiza tanto el cumplimiento de la pena –finalidad de la etapa de ejecución- como el interés superior del niño, preservando el contacto madre e hijo.³¹

4. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA PRISIÓN DOMICILIARIA

La Constitución Política de 1991³², atendiendo la nueva concepción del Estado Social de Derecho, eleva a la categoría de Derechos Fundamentales la presunción de inocencia y el respeto a la dignidad humana, lo que implícitamente involucra la humanización de las normas penales de detención preventiva en cuanto al lugar de cumplimiento de la misma.

Este mecanismo sustitutivo de la pena de prisión ha sido previsto en legislación colombiana; en un principio lo fue teniendo tomando en consideración factores pre y pos delictuales y atendiendo el interés del convocado por un juicio de reproche. Posteriormente se consideró la procedencia de dicho mecanismo para quienes tuviesen la calidad de padre o madre cabeza de familia, en busca de la protección de los derechos de sus hijos e hijas menores de edad.

La prisión domiciliaria es una institución relativamente nueva en la legislación colombiana; la primera vez que se aplicó fue a través del Código de Procedimiento Penal del año 1971, en el que se estableció una medida de seguridad denominada “detención parcial en el lugar de trabajo”³³; esta medida tuvo en la práctica poca aplicación como consecuencia de la exigencia de múltiples requisitos y condiciones que la hacían poco viable. La medida de seguridad vigente denominada “detención

³¹ A través de la Sentencia C-184 de 2003 la Corte reconoció el derecho de prisión domiciliaria en los términos en que está consagrado en la Ley 750 de 2002 a aquellos hombres que se encuentren en la misma situación, de hecho, que una mujer cabeza de familia que esté encargada del cuidado de niños, y cuya presencia en el seno familiar sea necesaria, puesto que efectivamente los menores dependen, no económicamente, sino en cuanto a su salud y su cuidado, de él.

³² Artículo 451 del Decreto 409 por medio del cual se expidió el Código de Procedimiento Penal de 1971.

³³ Código de Procedimiento Penal, Artículo 451.

domiciliaria”, en cambio, busca como prioridad la protección del núcleo familiar de las personas privadas de la libertad.

En el marco de la Ley 600 del 2000³⁴ el legislador comienza a regular en materia de detención domiciliaria, al mencionar en el artículo 357 que la detención preventiva podrá ser sustituida por detención domiciliaria en los mismos eventos y bajo las mismas condiciones consagradas para la pena sustitutiva de prisión domiciliaria, establecida previamente en la Ley 599 también de 2000³⁵, como un mecanismo novedoso dentro del ordenamiento jurídico de Colombia.

Más adelante en la Ley 906 de 2004³⁶ se fortalecen los controles y mecanismos de vigilancia del mecanismo de detención y prisión domiciliaria; el artículo 314 de este nuevo Código de Procedimiento Penal aclara que, que el cumplimiento de la medida de detención y prisión domiciliaria, cuando la decida un Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

Es un requisito para la concesión de este mecanismo el cumplimiento previo de un factor objetivo, consistente en que la pena mínima señalada para el delito por el que se está sancionando no supere los 5 años; para la aplicación de la detención domiciliaria no se estableció una exigencia respecto del quantum mínimo punitivo.

En este mismo sentido la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha confirmado la vigencia de esta diferencia entre las dos instituciones en consideración de su finalidad y del momento procesal en el cual tienen aplicación, dado que una cosa es la detención domiciliaria aplicable durante el proceso y otra muy distinta la prisión domiciliaria como mecanismo de ejecución de una pena:

El nuevo estatuto procesal nos remite al Código Penal cuando regula la detención domiciliaria, eliminando el requisito objetivo de la cantidad de pena prevista para el delito y limitando la exigencia respecto de la causal general del numeral 1º del artículo 314 –precepto que otros motivos de detención

³⁴ Ley 600 por medio de la cual se expidió el Código de Procedimiento Penal en el año 2000.

³⁵ Ley 599 por medio de la cual se expidió el Código Penal en el año 2000.

³⁶ Ley 906 por medio de la cual se expidió el Código de Procedimiento Penal en el año 2004.

domiciliaria para situaciones específicas – a que el Juez estime que la reclusión en el lugar de residencia sea suficiente para el cumplimiento de los fines previstos para la medida de aseguramiento (...) La prisión domiciliaria, en cambio, regida por el artículo 38 del Código Penal, solo es viable cuando la pena mínima señalada para la conducta punible por la que se procede, no supere los 5 años de prisión.³⁷

En relación con las diferencias entre la detención domiciliaria y la prisión domiciliaria, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal ha manifestado:

Quando se estudia la procedencia de la detención domiciliaria se aprecian, además de los requisitos legales y los fines legales y constitucionales de la medida, las exigencias del artículo 38 del Código Penal (...) pero cuando se trata de la prisión domiciliaria es indispensable valorar además de estas últimas las funciones de la pena, de manera que la definición de cada asunto responda a la idea básica según la cual, al tiempo que se propenda por la resocialización del sentenciado, no se obstaculice la estabilidad del ordenamiento jurídico por la sensación de desprotección e incertidumbre que una errada decisión generaría en el entorno social.³⁸

De esta manera, cuando se cambia de la situación de procesado a la de condenado, se produce también una variación en la naturaleza y finalidades de la privación de libertad, que de medida preventiva para asegurar el cumplimiento de los fines previstos en el artículo 355 del Código de Procedimiento Penal, se torna en pena cuya efectiva ejecución se condiciona al cumplimiento de las funciones señaladas en el artículo 4º del Código Penal.

Durante la fase de investigación y hasta antes de dictarse sentencia, el mecanismo de detención domiciliaria busca la protección a las víctimas, a la comunidad, a la comparecencia del imputado al proceso, a la preservación de las pruebas; en cambio, para la prisión domiciliaria, se requiere que se cumpla con los fines de la pena previstos en el artículo 4º del Código Penal, dado que no se debe evadir el cumplimiento de la

³⁷ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, Proceso No. 24927, Magistrado Ponente Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

³⁸ Corte Suprema de Justicia. Auto 23 de febrero de 2006. Radicación 24082. Citado en Tutela T 40006 Primera Instancia. Magistrado Ponente José Leonidas Bustos Martínez.

pena y se debe observar la concurrencia de los factores objetivos y subjetivos previstos en los numerales 1 y 2 del artículo 38 de dicho Código, y la ley 750 de 2002.³⁹

En 2011 se presentó un cambio de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia a través de la Sala Penal, en el sentido de que la concesión del beneficio de prisión domiciliaria ya no estará basado en un factor objetivo sino que deben tener en cuenta factores subjetivos, entre los que se encuentra la gravedad del delito, así como los antecedentes penales y personales del condenado.⁴⁰

Esta nueva postura de la Corte hace que el otorgamiento de la prisión domiciliaria sea ahora un mecanismo más restrictivo, pues anteriormente se otorgaba automáticamente, ya que se consideraban como prevalentes los derechos de los niños por considerarlos vulnerables y se consideraba que debían ser educados y protegidos por sus padres.

Esta postura se fundamentaba en las normas constitucionales que reconocen la prevalencia de los derechos de los menores, así como en el Código de Procedimiento Penal, en el que no contemplan requisitos subjetivos para conceder el beneficio de la prisión domiciliaria. La nueva postura de la Corte señala en su pronunciamiento que la protección de algunos valores constitucionales no debe ocasionar niveles intolerables de impunidad.⁴¹

La Ley 1453 del 2011 en su artículo 38, establece que el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC suministrará la información de las personas cobijadas con la medida de la prisión domiciliaria, mediante un sistema único de información de conformidad a los parámetros que establezca el Ministerio de Justicia⁴² - ⁴³.

De esta manera la Corte buscó evitar que con el pretexto de la prevalencia de los derechos de los menores se cometieran excesos de parte de algunos condenados, teniendo en cuenta que se presentaron casos en los que las personas que se

³⁹ Ley 750 de 2002. Por la cual se expiden normas sobre el apoyo de manera especial, en materia de prisión domiciliaria y trabajo comunitario.

⁴⁰ Sentencia 35943 del 22 de junio del 2011. Magistrado Ponente Julio Enrique Socha Salamanca.

⁴¹ Sentencia 35943 del 22 de junio del 2011. Magistrado Ponente Julio Enrique Socha Salamanca.

⁴² Ley 1453 de 2011. Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia y las Reglas sobre Extinción de Dominio. 24 de junio.

⁴³ La Ley 1444 de 2011 escindió el Ministerio del Interior y Justicia y creó el Ministerio de Justicia y del Derecho.

encontraban gozando de este beneficio, incurrieron nuevamente en la comisión de delitos.

5. MADRE O PADRE CABEZA DE FAMILIA

En la legislación Colombiana se comenzó a hablar de madre cabeza de familia en la Ley 82 del 3 de noviembre de 1993⁴⁴, que definió la familia como el núcleo fundamental e institución básica de la sociedad, que se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

Así mismo definió a la madre cabeza de familia, concepto que fue modificado por la ley 1232 de 2008, y estableció una serie de beneficios económicos y administrativos para el mejoramiento de la calidad de vida de su grupo familiar.

Luego hace su aparición, en el escenario judicial la Ley 750 del 2002, que reglamentó la concesión del mecanismo sustitutivo de la pena de prisión, por el de prisión domiciliaria para la madre cabeza de familia, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- Que el desempeño personal, laboral, familiar de la infractora permita a la autoridad competente determinar que no colocara en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo.
- Observar buena conducta en general y en particular respecto a las personas a su cargo.
- Comparecer ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerida para ello.
- La infractora deberá permitir la entrada a la residencia a los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión.

⁴⁴ Ley 82 de 1993. Por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia. Conocida como Ley Mujer Cabeza de Familia.

La ley exceptúa de la prerrogativa de la prisión domiciliaria a las autoras o partícipes de delitos de genocidio, homicidio, delitos contra las cosas o personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, extorsión, secuestro o desaparición forzada o quienes registren antecedentes penales, salvo por delitos culposos o delitos políticos.

Posteriormente a través de la Ley 1232⁴⁵ del 2008 se modifica la Ley 82 de 1993, estableciendo la jefatura femenina de hogar, como aquella categoría social de los hogares, derivada de los cambios sociodemográficos, económicos, culturales y de las relaciones de género que se han producido en la estructura familiar, en las subjetividades, representaciones e identidades de las mujeres que redefinen su posición y condición en los procesos de reproducción y producción social, que es objeto de políticas públicas en las que participan instituciones estatales, privadas y sectores de la sociedad civil.⁴⁶

De acuerdo con esta nueva Ley, se modificó la definición establecida en la Ley 82 de 1993 a la Mujer Cabeza de Familia agregando a esa definición el ejercicio de la jefatura femenina del hogar.

Igualmente amplió y precisó la forma como el Gobierno Nacional establecerá mecanismos eficaces para su protección promoviendo “el fortalecimiento de sus derechos económicos, sociales y culturales, procurando establecer condiciones de vida dignas, la equidad y la participación social con el propósito de ampliar la cobertura de atención en salud general y en salud sexual y reproductiva, el acceso a servicios de bienestar, de vivienda, de acceso a la educación básica, media y superior incrementando su cobertura, calidad y pertinencia; de acceso a la ciencia y la tecnología, a líneas especiales de crédito y a trabajos dignos y estables”⁴⁷.

⁴⁵ Ley 1232 de 2008. Por la cual se modifica la Ley 82 de 1993, Ley Mujer Cabeza de Familia.

⁴⁶ Ley 1232 de 2008. Por la cual se modifica la Ley 82 de 1993, Ley Mujer Cabeza de Familia. Artículo 1°.

⁴⁷ Ley 1232 de 2008. Artículo 1°. De acuerdo con el expediente D-7549 mediante auto de fecha 18 de diciembre de 2008 la Corte Constitucional rechazó demanda interpuesta contra esta Ley.

La Sentencia C-154 de 2007, analiza la detención domiciliaria para quienes son madres de hijos menores de doce años, frente al esquema de protección prevalente del menor de dieciocho años.⁴⁸

En esta sentencia la Corte constató que los criterios con base en los cuales se negaba la detención domiciliaria de a madre cabeza de familia, no son criterios personales sino la edad del menor hijo, quien al alcanzar los 12 años de edad ocasionaba que su madre perdiera los beneficios de esa modalidad de detención.

Para la Corte la expresión “de doce años”, contenida la Ley 906 de 2004 es inexecutable porque la diferencia de trato entre los menores de 12 años y los mayores de esa edad reduce injustificada y desproporcionadamente el esquema de protección prevalente del menor de 18 años.

La Sentencia también establece que el Juez deberá verificar en cada caso concreto que efectivamente se cumplan las condiciones de desprotección del menor para conceder el beneficio de la detención preventiva domiciliaria, es decir, debe tener en cuenta el interés superior del menor.

El hecho de los jueces deban verificar en cada caso que la concesión del beneficio de la detención domiciliaria obedezca realmente a los beneficios que recibirán sus hijos menores en lugar de concederlo de manera automática, le da a este beneficio mayor seriedad y efectividad y reduce las posibilidades de que se abuse del mismo.

Pero ¿qué pasa cuando el padre manifiesta ser cabeza de familia?; la Sentencia SU-389 de 2005, desarrolló el concepto de padre cabeza de familia en los siguientes términos⁴⁹:

No basta con que el hombre se encargue de proveer el dinero necesario para sostener el hogar y asegurar así las condiciones mínimas de subsistencia de los hijos, panorama tradicional del hombre que mantiene un hogar, es el proveedor de los bienes de consumo, y el pater familias. El hombre que reclame tal status,

⁴⁸ Sentencia C-154 de 2007. Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁴⁹ Corte Constitucional Magistrado Ponente. Jaime Araujo Rentería.

a la luz de los criterios sostenidos para las mujeres cabeza de familia, debe demostrar ante las autoridades competentes, algunas de las situaciones que se enuncian, las cuales obviamente no son todas ni las únicas pues deberá siempre tenerse en cuenta la proyección de tal condición a los hijos como destinatarios principales de tal beneficio.⁵⁰

De esta manera la Corte reitera que lo que interesa es que se garantice la prevalencia de los derechos de los hijos menores, independientemente de que éstos puedan verse lesionados por la detención carcelaria de su madre o de su padre, siempre que se pruebe debidamente que efectivamente ese padre o esa madre cumplen con su función de proteger sus derechos y no solo de cubrir los costos generados por su manutención.

Dentro de las consideraciones que deben tenerse en cuenta al momento de definir cada caso la Corte enumera las relacionadas con los hijos discapacitados, el requisito de que el hijo no tenga otra alternativa diferente a su padre para su cuidado o manutención y la obligatoriedad de acreditar los requisitos establecidos en la Ley 82 de 1993.⁵¹

6. CONDICIÓN DE CABEZA DE FAMILIA EN CASO DE SEPARACIÓN DE LA PAREJA

⁵⁰ Sentencia SU-389 de 2005. Corte Constitucional Magistrado Ponente Jaime Araujo Rentería.

⁵¹ Específicamente la Corte señala como requisitos para conceder este beneficio: 1) 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; 2) 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 y 3) 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. En efecto, de conformidad con el párrafo del artículo 2 de la Ley 82 de 1993: “esta condición (la de mujer cabeza de familia y en su caso, la del hombre cabeza de familia) y la cesación de la misma, desde el momento en que ocurra el respectivo evento, deberá ser declarada por la mujer cabeza de familia de bajos ingresos ante notario, expresando las circunstancias básicas de su caso y sin que por este concepto, se causen emolumentos notariales a su cargo”. En aplicación de tal doctrina, cabe concluir que por la necesidad de hacer realidad el imperativo constitucional contenido en el artículo 44 Superior de proteger integralmente a los menores de edad el retén social puede resultar aplicable a los padres cabeza de familia, que demuestren hallarse en algunas de las hipótesis mencionadas

Es criterio sentado por la doctrina constitucional que el hecho que la pareja esté separada no es suficiente para considerar que uno de sus integrantes es padre o madre de familia, ya que esa condición se deriva de la responsabilidad individual y solitaria frente al hogar, cuando una sola persona asume el sustento, cuidado y atención diaria de todos los miembros del grupo familiar.

La Corte Constitucional en Sentencia T-1211 del 2008 manifestó lo siguiente: “la accionante no ha tenido en ningún momento la calidad de madre cabeza de familia, porque, en primer lugar su ex esposo Javier Dávila, padre de la menor, ha contribuido para el sostenimiento de ésta con una cuota alimentaria de 120 mil pesos, lo cual significa que la señora Aracelly Julio no es la única persona que aporta económicamente para el sostenimiento de su hija, aunque la suma aportada por el padre de la niña no es cuantiosa, si revela el cumplimiento de las obligaciones, en la medida de sus posibilidades.”⁵²

Para la Corte, la circunstancia de que la madre del menor de edad se encuentre divorciada no lleva necesariamente a la conclusión de que es madre cabeza de familia, dado que esta condición no releva a su padre de cumplir con sus obligaciones; en los casos de divorcio la Corte considera necesario que se acredite también el carácter exclusivo de la responsabilidad por el cuidado y manutención de los hijos.

7. FINALIDAD DE LA PRISIÓN DOMICILIARIA SEGÚN EL CÓDIGO PENAL Y LA LEY 750 DEL 2002

Actualmente el sentenciado o sentenciada puede acceder al mecanismo sustitutivo de la pena de prisión por prisión domiciliaria, a través de dos vías: una en aplicación de la previsión contenida en el artículo 38 del Código Penal y otra la establecida en la Ley 750 de 2002, esto es, atendiendo su calidad de padre o madre cabeza de familia.

El Código Penal en su Artículo 38 consagra y define la figura de la prisión domiciliaria como aquella a través de la cual la ejecución de la pena privativa de la libertad se

⁵² Sentencia T-1211 del 2008. Magistrada Ponente Clara Inés Vargas Hernández.

cumplirá en el lugar de residencia o morada del sentenciado, o en su defecto en el que el Juez determine, excepto en los casos en que el sentenciado pertenezca al grupo familiar de la víctima, y siempre que concurren presupuestos de índole objetivo y subjetivo como los siguientes.⁵³

1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco años de prisión o menos.
2. Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al Juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena.
3. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones:
 - Cuando sea el caso, solicitar al funcionario judicial autorización para cambiar de residencia.
 - Observar buena conducta.
 - Reparar los daños ocasionados con el delito, salvo cuando se demuestre que está en incapacidad material de hacerlo.
 - Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello.
 - Permitir la entrada a la residencia a los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión y cumplir las demás condiciones de seguridad impuestas en la sentencia, por el funcionario judicial encargado de la vigilancia de la pena y la reglamentación del INPEC.

Una lectura cuidadosa del articulado en mención permite afirmar que la concesión del aludido mecanismo, obedece a criterios ajenos al interés del niño o niña hijos del sentenciado, no busca la protección de su unidad familiar, sino que se otorga en

⁵³ Ley 599 de 2000. Código Penal. Artículo 38.

beneficio del condenado, siempre que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco años de prisión o menos.

Además su comportamiento pre delictual debe permitir afirmar con probabilidad de verdad, que la comunidad no será puesta en peligro y que no se evadirá el cumplimiento de la pena, para su aplicación es irrelevante que el penado tenga o no hijos o hijas menores de edad, no es admisible argumentación en este sentido, porque aquella está llamada a hacerse desde la necesidad del sancionado y no su grupo familiar.

Considerado esto, resulta válido afirmar que el mecanismo aludido en aplicación del artículo 38 del Código Penal, no tiene como finalidad el respeto del interés superior del menor a su unidad familiar, sino que responde a un interés personalísimo del sentenciado, a sus necesidades, aunque en algunos eventos y de manera residual aquella situación se dé.

La ley 750 del 2002, prevé igualmente la posibilidad que la ejecución de una sanción no sea en centro carcelario sino en el lugar de residencia del penado o penada, pero, siempre que éste o esta tengan la calidad de padre o madre cabeza de familia.

Lo anterior quiere decir que tenga bajo su cuidado, protección económica o social en forma permanente hijos menores propios o ajenos, y que no cuente con la ayuda de los demás miembros de núcleo familiar, por tanto se impone que debe accederse al indicado mecanismo, en protección de sus hijos o hijas.⁵⁴

8. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS NIÑOS Y LA FINALIDAD DE LA PENA

En el marco de la Ley 1098 se hace especial referencia a los derechos de los niños, y en ella se predica que “se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el

⁵⁴ Ley 750 de 2002. Por la cual se expiden normas sobre el apoyo de manera especial, en materia de prisión domiciliaria y trabajo comunitario. Artículo 1°.

imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes⁵⁵. De acuerdo con la Corte Constitucional, la obligación de asistencia y protección se encamina a garantizar el desarrollo armónico de los niños, imponiéndole la responsabilidad a la familia, la sociedad y el Estado que participan en forma solidaria y concurrente en la consecución de tales objetivos⁵⁶. Adicionalmente la Corte ha considerado que los niños merecen un trato especialmente protector, que debe reflejarse en todos los aspectos de la legislación, cuando quiera que el Estado identifique puntos de posible vulnerabilidad⁵⁷.

La Corte ha sido reiterativa al considerar que el bienestar del menor se encuentra fuertemente determinado por el hecho de no ser separado de su núcleo familiar, en el entendido de que ese es el espacio natural de desarrollo del menor y que la familia es la primera llamada a satisfacer las necesidades afectivas, económicas y educativas de los menores. Los derechos de los niños son la vida, la integridad física, la salud, la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separado de ella, el cuidado y el amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Además serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos; así mismo gozarán de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

En el contexto internacional el artículo 4 de la Convención sobre los derechos del niño señala que:

Los estados partes velarán para que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la Ley y los procedimientos aplicables, que esa separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo en casos de maltrato o descuido por parte de sus padres, o cuando estos

⁵⁵ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1098 de 2006. Artículo 8. por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia.

⁵⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-145 de 2010. Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁵⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-378 de 2008. Magistrado Ponente Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.⁵⁸

Como se observa, la referencia que se hace en la legislación colombiana a los derechos del niño y las normas que se han desarrollado con miras a proteger tales derechos y a hacer que sean considerados como prioritarios sobre los derechos de los demás colombianos, se encuentra ampliamente respaldada por normas internacionales. Es así como la prisión domiciliaria de sus padres cabeza de familia, tanto madre como padre, una vez se demuestre que esa condición se cumple, puede inclusive considerarse como un desarrollo lógico de los acuerdos multilaterales suscritos por Colombia. Esto si se tiene en cuenta además que el artículo 43 de la constitución política establece que el Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.

Ante esta situación debe entonces recordarse cuál es la finalidad de la imposición de penas. Debe recordarse que la pena es la mayor intervención en los derechos fundamentales de la persona que el ordenamiento jurídico le permite al Estado⁵⁹. Desde la teoría política, la primera exigencia que se formuló para la imposición de una pena, dentro del proceso de formación de las bases filosóficas y políticas del Estado de derecho, fue la constatación de un daño social producido como consecuencia de la conducta a sancionar⁶⁰. Igualmente se exige proporcionalidad entre la magnitud de la pena y la magnitud del daño social causado con el delito, así como el reconocimiento de la subsidiariedad del sistema penal como mecanismo de control social, ya que su intervención no estará justificada cuando existan otros medios de control menos gravosos que la imposición de penas.

La primera teoría sobre los fines de la pena ha sido formulada por distintos sectores, incluyendo filósofos representativos del idealismo alemán como Kant y Hegel, así como representantes de la propia iglesia católica y protestante. Se conoce como teoría de la retribución, según la cual la pena debe ser proporcional a la culpabilidad, es decir, que dependiendo del grado de culpabilidad se determinará la magnitud de la pena.⁶¹

⁵⁸ Organización de las Naciones Unidas. Declaración Universal de los Derechos del Niño. 1989.

⁵⁹ ROXIN, Claus. Iniciación al derecho penal de hoy. Secretariado de Publicaciones de Sevilla, 1981, p. 23.

⁶⁰ COTE, Gustavo. La necesidad de la pena. Reflexiones a partir de los artículos 3° y 4° del código penal colombiano.

⁶¹ ROXIN, Claus. Iniciación al derecho penal de hoy. Secretariado de Publicaciones de Sevilla, 1981.

Al respecto Platón planteó “Nadie impone una pena y se dirige contra quienes han cometido un delito, a no ser que se quiera vengar de forma poco razonable como animal. Quien, en cambio, pretenda penar a otro de una forma razonable, no le impondrá la pena por el injusto cometido, puesto que él no puede deshacer lo ya hecho, sino en razón del futuro, para que no vuelva a cometer ni el mismo injusto ni otro parecido”⁶². La tercera teoría se refiere también a la prevención de delitos futuros, aunque sin concentrarse en el “delincuente” concreto, sino teniendo como destinatario a la comunidad en general, convirtiendo la sanción penal en algo así como un ejemplo que el Estado da a las personas que integran el conglomerado social sobre las consecuencias que acarrea la comisión de un delito; con esto se busca que la pena tenga un efecto disuasivo.

Al recordar esos principios sobre la finalidad de la pena y considerando los derechos que los niños tienen de mantenerse en lo posible dentro de un núcleo familiar, es que surge el modelo de la prisión domiciliaria. Sin embargo, este modelo debe buscar que sus efectos no resulten nocivos para la sociedad en general, por lo cual existen restricciones respecto de los delitos que hayan sido cometidos por los padres que procuran obtener este beneficio y de la garantía de que este beneficio realmente logre los beneficios que pretende respecto del menor cuyos derechos se busca garantizar.

CONCLUSIONES

El derecho a la unidad familiar es de particular importancia, porque constituye el mecanismo primario de protección de quienes integran el grupo familiar; por esta razón se debe mantener y facilitar la unidad familiar por que ayuda a garantizar la atención física, la protección, el bienestar emocional y el apoyo económico de las personas.

Garantizar el derecho de la unidad familiar juega un papel de primera magnitud en la determinación de las características individuales del hombre; las exigencias y estímulos que se generan dentro del contexto familiar crean un clima adecuado, lleno de afecto y consideración que influyen positivamente en la autoestima de los niños.

⁶² COTE, Gustavo. Óp. Cit. p. 199.

A través de la evolución legislativa del Estado Colombiano, en aras de proteger al menor hijo de la persona privada de la libertad, se crearon diversas figuras las cuales buscan dar solución a esta problemática.

Es por ello que en la legislación Colombiana aparece la Ley 750 del 2002 en la que establecen los requisitos para que a los padres o madres cabeza de familia se les conceda el beneficio de la prisión domiciliaria para poder mantener la unidad familiar y buscar la protección integral de sus hijos.

Los tratados de Derechos Humanos determinan que la familia es el grupo fundamental de la sociedad y el medio material en donde deben desarrollarse los niños, por lo que el interés constitucionalmente amparado, amerita que se reduzca el carácter punitivo de las medidas de coerción que mantienen a menores dentro de la unidad penal, otorgándoles a los padres un régimen de prisión domiciliaria, en pos de preservar adecuadamente el comportamiento del niño, en el marco propio de su hogar.

La prisión domiciliaria es y seguirá siendo un tipo de limitación a la libertad, y el procesado a quien se le sustituye está detenido, solo que se reduce a la órbita de su domicilio. Su aplicación debe tener en cuenta los derechos prevalentes del niño y la finalidad de las penas que impone el sistema judicial de un país con el propósito de garantizar la sostenibilidad del Estado.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS Y OTROS DOCUMENTOS

Agencias de las Naciones Unidas para los Refugiados. ACNUR, Resumen de conclusiones – unidad de la familia. Ginebra. 2001. 4 p.

COTE, Gustavo. La necesidad de la pena. Reflexiones a partir de los artículos 3° y 4° del código penal colombiano.

Defensoría del Pueblo de Colombia. Observatorio de Justicia Constitucional. Protección constitucional a la infancia y derechos fundamentales de los niños y las niñas.

Documento electrónico. Descargado el 24 de marzo de 2007. Disponible en Internet. <http://www.defensoria.org.co/ojc/pdf.php/1>

JORGE María, ARENCIBIA Ricardo. El pensamiento psicológico y pedagógico de Jean Piaget. En Revista Cubana de Psicología. Vol. 20. No. 1. 2003. Pp. 87 – 90.

Organización de las Naciones Unidas. Declaración Universal de los Derechos del Niño. 1989.

PÁRAMO, Jorge. Teognis de Megara. Selección de poemas. En Revista de Estudios Sociales. Universidad de los Andes. Colombia. 2001. p. 102 – 106.

ROXIN, Claus. Iniciación al derecho penal de hoy. Secretariado de Publicaciones de Sevilla, 1981.

UNICEF. Convención sobre Derechos de los Niños.

UNICEF. Convención sobre los Derechos del Niño. Documento electrónico. Disponible en Internet. Consultado en marzo 24 de 2012. Disponible en http://www.unicef.org/spanish/crc/index_30177.html

UNICEF. Convención sobre los Derechos del Niño. Versión adaptada para jóvenes. UNICEF Comité Español, 2005. 52 p.

VELÁSQUEZ, Fernando. Cuadernos de Derecho Penal. N° 3. Universidad Sergio Arboleda. 2010. p. 70.

LEGISLACIÓN COLOMBIANA

Constitución Política de Colombia. 1991.

Decreto 409 Por medio del cual se expidió el Código de Procedimiento Penal de 1971.

Ley 1098 de noviembre 8 de 2006 por el cual se expide el Código de la infancia y la adolescencia.

Ley 1232 de 2008. Por la cual se modifica la Ley 82 de 1993.

Ley 1444 de 2011 escindió el Ministerio del Interior y Justicia y creó el Ministerio de Justicia y del Derecho.

Ley 1453 de 2011. Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia y las Reglas sobre Extinción de Dominio.

Ley 599 por medio de la cual se expidió el Código Penal en el año 2000.

Ley 600 por medio de la cual se expidió el Código de Procedimiento Penal en el año 2000.

Ley 750 de 2002. Por la cual se expiden normas sobre el apoyo de manera especial, en materia de prisión domiciliaria y trabajo comunitario.

Ley 82 de 1993. Por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia. Conocida como Ley Mujer Cabeza de Familia.

Ley 906 por medio de la cual se expidió el Código de Procedimiento Penal en el año 2004

SENTENCIAS

Corte Constitucional, Sentencia T-049/99, Magistrado Ponente el Dr. José Gregorio Hernández Galindo

Corte Constitucional. Sentencia 35943 del 22 de junio del 2011. Magistrado Ponente Julio Enrique Socha Salamanca.

Corte Constitucional. Sentencia 35943 del 22 de junio del 2011. Magistrado Ponente Julio Enrique Socha Salamanca.

Corte constitucional. Sentencia C-145 de 2010. Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional. Sentencia C-154 de 2007. Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional. Sentencia C-185/11. Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte constitucional. Sentencia C-378 de 2008. Magistrado Ponente Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional. Sentencia SU-389 de 2005. Corte Constitucional Magistrado Ponente Jaime Araujo Rentería.

Corte Constitucional. Sentencia T-049/99. Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional. Sentencia T-1211 del 2008. Magistrada Ponente Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional. Sentencia T-1275/05 Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto.

- Corte Constitucional. Sentencia T-277 de 2004. Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz,
- Corte Constitucional. Sentencia T-566/07. Magistrado Ponente Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional. Sentencia T-593 de 2009. Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio
- Corte Constitucional. Sentencia T-617/10. Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, Proceso No. 24927, Magistrado Ponente Álvaro Orlando Pérez Pinzón.
- Corte Suprema de Justicia. Auto 23 de febrero de 2006. Radicación 24082. Citado en Tutela T 40006 Primera Instancia. Magistrado Ponente José Leonidas Bustos Martínez.