



SALA PENAL DE DECISIÓN

PROCESO: 05001 60 00206 2021 13653
DELITO: Hurto Calificado
CONDENADO: JOSE FERNANDO MAZO ACEVEDO
PROCEDENCIA: Juzgado Cuarenta y Siete Penal Municipal de Medellín
OBJETO: Apelación de sentencia.
DECISIÓN: Confirma
M. PONENTE: Rafael M Delgado Ortiz
Sentencia: 8
Aprobada Acta Nro.: 50

Medellín, ocho (08) de marzo de dos mil veintidós

ASUNTO A TRATAR

Se decide el recurso de apelación presentado por la defensora de **JOSÉ FERNANDO MAZO ACEVEDO**, en contra de la sentencia dictada el veinticinco (25) de enero de dos mil veintidós (2022) por la Juez Cuarenta y Siete Penal Municipal, con Función de Conocimiento de Medellín, en la que fue condenado anticipadamente, en virtud de allanamiento, como autor material del delito de hurto calificado, imponiéndole la pena principal de dieciséis (16) meses y veinticuatro (24) días de prisión, la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso, negándole la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, ésta última negada también como cabeza de familia.

ANTECEDENTES FÁCTICOS

Según se desprende de los hechos jurídicamente relevantes consignados en el escrito de acusación, a eso de las 19:00 horas, del veinticuatro (24) de agosto de 2021, en vía pública del barrio Buenos Aires de la ciudad de Medellín, **JOSÉ FERNANDO MAZO ACEVEDO**, se apoderó violentamente de una motocicleta marca Yamaha Libero, color negro, con placa AGJ-61E, avaluada en cinco millones de pesos (\$5'000.000), propiedad de Duván Stevenson Castaño Tobón, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro.

Se consignó, que Duván Stevenson Castaño Tobón, tenía parqueada la moto en un andén y cuando miró por la ventana, observó un sujeto que iba montado en su motocicleta, pero la llevaba apagada, por lo que le pidió a una tía que llamara la Policía, mientras él salió corriendo persiguiendo al sujeto.

Se plasmó que se ejerció violencia sobre las cosas, como quiera que **MAZO ACEVEDO**, rompió el encendido de la moto para quitarle el seguro.

ACTUACIÓN PROCESAL

Por tales hechos, el veinticinco (25) de agosto de dos mil veintiuno, se llevaron a cabo las audiencias preliminares, ante el Juez Catorce Penal Municipal de Medellín, en las cuales se legalizó la captura del ciudadano mencionado.

Posteriormente, por tratarse de un procedimiento regido por la Ley 1826 de 2017, se dio traslado de la acusación, y el imputado se allanó a los cargos.

Acto seguido, la Fiscalía solicitó la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva en el domicilio del procesado, siendo atendida la petición por ese despacho.

El proceso se sometió a reparto y correspondió a la Juez Cuarenta y Siete Penal Municipal de Medellín que, en diligencia realizada el veintiocho (28) de octubre de dos mil veintiuno, verificó la aceptación de cargos realizada por el procesado, emitiendo sentido de fallo condenatorio, previa verificación con el ofendido de la recuperación de la motocicleta.

El apoderado de la víctima tasó los perjuicios en la suma de \$2'500.000, y adujo que aportaría la cotización de los arreglos realizados al vehículo y el testimonio de su asistido respecto a los perjuicios materiales ocasionados.

El diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno, el defensor llevó un perito, quien indicó que el encendido se rompió por el procesado para retirar la motocicleta y su valor, conforme a cotización realizada en el almacén Yamaha, ubicado en la avenida 33, tenía un costo de \$75.000 y la instalación de \$20.000, por lo que el daño emergente eran \$95.000, a lo que se agregaron \$50.000, para un total de \$145.000 y por lucho cesante, acudió al método de

ponderación, tasándolos en \$100.000, para un total de \$245.000 por concepto de perjuicios.

El apoderado de víctimas indicó que solo se tomó la entrevista para el peritazgo sin tener en cuenta las reales afectaciones de la moto y cuestionó el valor del repuesto ya que no se sabía si era el original o no, dependiendo del modelo de la moto, por cuanto se realizó una cotización en Yamaha Copacabana, en la que se indica que allí costaba \$145.000, sin contar con los demás daños que sufrió el velocípedo, como el tanque y otras partes, por lo que considera, el peritazgo de la defensa no es suficiente, y no está de acuerdo con él aportando las cotizaciones realizadas.

Se le concedió el uso de la palabra a Duván Stevenson Castaño, quien manifestó que el día que dijo lo del suiche de la moto, se la había llevado la policía inmediatamente capturaron al procesado, y cuando se la devolvieron pudo esclarecer los daños del rodante, por lo que acudió a Yamaha y lo cotizó en \$145.000, porque no es la referencia que dice el perito, ya que su moto es una Yamaha YBR ED NO XT, entonces el que cotizó no es el de su moto; adujo que su moto está completamente original y ya no se consigue porque la discontinuaron, entonces tiene un valor ascendente.

La titular anunció que examinaría los elementos aportados por las partes, para determinar el monto que debería recibir la víctima como indemnización integral.

La diligencia continuó el trece (13) de enero de dos mil veintidós, allí las partes anunciaron que habían llegado a un acuerdo sobre la tasación de los perjuicios, por lo que no se tendría en cuenta el peritaje presentado en la audiencia anterior. Acordaron que se fijaban en la suma de \$500.000 y serían pagados en la fecha, antes de las tres de la tarde.

Acto seguido se dio trámite a la audiencia de individualización de pena. Allí la defensora petitionó la rebaja máxima por el allanamiento a cargos, y en caso de pagarse los perjuicios por la suma indicada, la disminución máxima del artículo 269 del C.P.

Indicó que el procesado se encontraba en detención domiciliaria, por lo que solicitó, se le concediera la suspensión condicional de la ejecución de la pena, que es más benevolente ya que ha cumplido todos y cada uno de los deberes que se le impusieron, anunciando igualmente que su prohijado es técnico en reparación, y ha hecho otras actividades para colaborarle a su madre, quien es una persona enferma y de edad, y su padre es un albañil, que solo puede llevar el diario y estando en la domiciliaria le ha sido casi imposible atender los deberes que tiene con la familia, por lo que, en caso de que no se conceda la suspensión condicional de la pena, depreca se otorgue la prisión domiciliaria, aportando los elementos que dan cuenta de esa situación.

El veintiséis (26) de enero de dos mil veintidós, se dio traslado de la sentencia proferida el veinticinco (25) de

ese mes y año, contra la cual la defensora interpuso el recurso de apelación, en punto específico a la rebaja concedida por la indemnización a las víctimas y la no concesión de la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia.

LA SENTENCIA APELADA

El veinticinco (25) de enero del presente año, hallando satisfechos los elementos básicos para ello, se emitió la sentencia condenatoria, se estableció una pena de dieciséis (16) meses y veinticuatro (24) días de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por similar término a la restrictiva de la libertad, negándose la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena, y la prisión domiciliaria, ésta última también como padre cabeza de familia.

Para arribar a los guarismos concretos, se ubicó la Juez dentro de las previsiones de los artículos 239, 240 incisos 1 y 4 del C.P., quedando un arco de sanción fluctuante entre ochenta y cuatro (84) y ciento ochenta (180) meses de prisión, indicando que como no se dedujeron circunstancias de mayor punibilidad, y el delito no reviste mayor gravedad, se movería en el primer cuarto que va de ochenta y cuatro (84) a ciento ocho (108) meses de prisión.

Refirió que como el acusado se allanó a los cargos desde las audiencias preliminares, se le otorgaría una rebaja del cincuenta por ciento (50%) de la sanción, por lo que se fijaría en cuarenta y dos (42) meses de prisión y al aplicar la disminución por la

reparación integral conforme al artículo 269 del C.P., se le otorgaría una merma equivalente el sesenta por ciento (60%), por lo que la pena en definitiva a imponer sería de **dieciséis (16) meses y veinticuatro (24) días de prisión.**

Adujo que la última rebaja se le otorgaba en esta proporción, teniendo en cuenta que realizó el pago, pero no con prontitud, ya que solo se hizo efectivo en enero, es decir, pasados más de cuatro meses de ocurridos los hechos, tiempo en que la víctima hubo de esperar para ver resarcidos sus perjuicios, que se pagaron luego de celebradas todas las audiencias del caso, conforme a lo expuesto por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en providencias 43.959 de 2014 y 51.100 del 2018.

Referente a los mecanismos sustitutivos de la pena de prisión, manifestó que el punible de hurto calificado se encuentra establecido en el artículo 68 A del Código Penal, por lo que no es procedente su otorgamiento.

Señaló además que, aun cuando con deficientes argumentos, la defensa solicitó la sustitución de la pena intramural por cuanto MAZO ACEVEDO dice ser benefactor de sus padres, dada las condiciones de salud de su madre, así como la edad y condiciones de vida de ambos progenitores, no se aportó prueba alguna de que fueran personas incapaces o incapacitadas para trabajar, bien por la edad, ora por enfermedad, solo se dijo que con la privación de la libertad de su hijo, quedaron totalmente desprotegidos.

Resaltó que no es la calidad de hijo único, o proveedor económico del hogar lo que genera la protección de esta normativa, sino la condición de incapaces o incapacitados para trabajar que puedan tener los consanguíneos del acusado, y los testimonios de las personas allegados, no son prueba de dicha condición.

Por lo que, concluyó, no se dan los presupuestos de ley, para concederle la prisión domiciliaria como cabeza de familia debiendo cumplir la pena impuesta en el establecimiento de reclusión que determine el INPEC.

DE LA APELACIÓN

Dentro del término de ley, la defensora presentó el recurso de apelación.

Para el efecto manifestó que su disenso es, en primer lugar, en cuanto al monto de la pena impuesta pues, critica, que la primera instancia no concedió por la reparación de perjuicios la rebaja máxima consagrada en el artículo 269 del C.P.P. sino únicamente el sesenta por ciento (60%).

Lo anterior, pese a que la A quo considera que el pago no se hizo con prontitud, lo cierto es que ello no fue voluntario ni mala intención del procesado, porque desde el allanamiento a cargos se inició el trámite para el pago de los perjuicios, pero la víctima solicitaba una indemnización exorbitante y fuera de la

realidad material del daño causado a la motocicleta; además, debe tenerse en cuenta, que el acusado al llevarse la moto que se encontraba estacionada en vía pública, solo dañó el encendido y que al final de cuentas, no logró su cometido pues cuando la llevaba caminando fue capturado por el propio dueño.

Indicó que la víctima solicitó más de un millón seiscientos mil pesos (\$1´600.000), por el repuesto y no se pudo llegar a un acuerdo con él, por lo que fue necesario nombrar un perito, con el fin de que valorara los daños y perjuicios ocasionados y ese trámite es de tiempo y audiencias teniendo en cuenta que el ofendido no estuvo de acuerdo con el peritazgo; entre una y otra audiencia transcurrió tiempo y eso no puede ser cargado a una mala voluntad del procesado para su cancelación.

Señaló que luego de ello tuvieron varias entrevistas con la víctima a fin de resolver amigablemente el incidente, y fue así como se llegó a un acuerdo y se canceló el dinero que indicó, quedando satisfecho y en buenos términos.

Insiste que, en virtud de lo anterior, no puede indicarse que fue mala voluntad de su prohijado; la dilación del pago se dio porque era necesario un perito, y la realización de un acuerdo que dio lugar a la indemnización y además las audiencias no pudieron realizarse con mayor prontitud, debido a la agenda del despacho.

Por ello peticionó la máxima rebaja por la indemnización efectuada, señalando que no fue nada fácil para su representado obtener el dinero para ello y siempre estuvo atento a llegar a un acuerdo.

El segundo punto de inconformidad, es frente al no otorgamiento de la prisión domiciliaria por la condición de cabeza de familia que, dice, ostenta de su representado, afirmando que con los testigos se acreditó que los padres del condenado son personas de la tercera edad y si bien no se presentó certificación médica por sus enfermedades, a los deponentes les consta el estado de salud de la madre, persona de edad avanzada, el padre trabaja en construcción y es poco el ingreso para el sostenimiento del hogar, pasando entonces por necesidades congruas y *-necesarias-*, ya que siempre han recibido la ayuda económica de MAZO ACEVEDO.

Destacó que el procesado es hijo de Mery Acevedo, la que siempre ha vivido con su hijo JOSE FERNANDO, el cual, no en forma holgada, pero sí de acuerdo con sus necesidades, era quien suministraba casi todo lo referente a sus necesidades materiales, lo que hace parte de esa especial protección constitucional, como lo afirma la Corte Suprema de Justicia.

Finalmente indicó que, en el caso, se cuestiona es la afectación grave a las condiciones de la madre del procesado, y es este uno de los intereses superiores del acuerdo a los criterios jurisprudenciales sobre el beneficio de la prisión domiciliaria, por

lo que solicita revocar la decisión, y en su lugar concederla como padre cabeza de familia.

SE CONSIDERA PARA DECIDIR

Somos competentes, conforme al artículo 34, numeral primero, de la Ley 906 de 2.004, para conocer de la presente apelación habida cuenta que la primera instancia fue agotada por la Juez Cuarenta y Siete Penal Municipal con Función de Conocimiento de Medellín adscrito ese despacho a este Distrito Judicial.

Es límite de nuestra intervención, de acuerdo con las técnicas del recurso de apelación, los temas propuestos por la impugnante. Hay sustentación suficiente para que sea viable el estudio del asunto.

De conformidad con los planteamientos de la defensa, los problemas jurídicos a resolver, son los siguientes:

1. Si resulta acertada la decisión de la A quo, al otorgar a JOSE FERNANDO MAZO ACEVEDO, por concepto de reparación a la víctima, una rebaja equivalente al sesenta por ciento (60%) de la pena.

2. Si JOSE FERNANDO MAZO ACEVEDO, puede ser beneficiado con la sustitución de la pena de prisión intramural por la domiciliaria, dada la condición de cabeza de familia que, se afirma por la recurrente, detenta.

Para resolver el primer problema jurídico propuesto, lo primero que debemos indicar, es que la diminuyente punitiva en razón de la reparación integral de las víctimas está regulada en el artículo 269 del C. P. que establece:

“Reparación. El juez disminuirá las penas señaladas en los capítulos anteriores de la mitad a las tres cuartas partes, si antes de dictarse sentencia de primera o única instancia, el responsable restituyere el objeto material del delito o su valor, e indemnizare los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado.”

La Sala de Casación penal de la Corte Suprema de Justicia en varias providencias¹, ha hecho un análisis de esta institución, para definir ciertas características que permiten comprender su alcance:

“1. Se trata de un mecanismo de reducción de pena, no de una atenuante de responsabilidad. Por lo tanto, no incide en el término de prescripción de la acción penal ni en la determinación de la cantidad máxima de pena que hace procedente el recurso de casación.

2. La rebaja de pena no es facultativa del juez. Cumplido el supuesto fáctico, se aplica la consecuencia jurídica correspondiente sin que interese determinar el motivo que indujo a la restitución o indemnización, valoraciones subjetivas que no hacen parte de los requisitos consagrados en la ley.

3. Si el objeto material del delito desaparece, se destruye o el imputado no está en condiciones de recuperarlo, la exigencia legal se cumple si paga su valor e indemniza el perjuicio causado.

4. Si no se logra el apoderamiento del objeto material –como ocurre en la tentativa- o éste es recuperado por las autoridades, la rebaja opera si el responsable resarce los perjuicios causados con el hecho punible.

¹ Cfr. Sentencias rad. 2643 de 1988, 9657 de 1998, 16562 de 2001, 24817 de 2006, 26253 de 2007, 35767 de 2012 y 39160 de 2012, entre otras

5. La reducción es extensiva a los copartícipes, aunque no necesariamente en la misma proporción dadas las particularidades que se deben observar en el proceso de dosificación de la pena.

6. La estimación de perjuicios hecha por el ofendido sólo puede ser objetada por los demás sujetos procesales, de manera que si aquél no reclama por daño moral es porque lo consideró inexistente. Sin embargo, aunque el funcionario judicial no puede cuestionar la pretensión indemnizatoria, debe verificar que recoja el querer de la ley para que sea integral y se estime de manera razonada, no como consecuencia de una intervención rutinaria y superficial de la víctima del delito.

7. Su reconocimiento no concurre con circunstancias genéricas de menor punibilidad.²

En sentencia 40.234 del 26 de junio de 2013, adujo que, para efectos de determinar el monto de la rebaja, se debía tener en cuenta la voluntad de resarcimiento integral y el momento en que se da dicho acto, pues no es lo mismo una reparación temprana de los perjuicios que una hecha ad portas de la sentencia de primera instancia.

“Pero lo que sí le está dado al juzgador es que, en aplicación del principio de igualdad y del valor justicia (que, en esencia, comporta dar a cada cual lo que le corresponde, según las especiales circunstancias de tiempo, modo y lugar de su actuación), se mueva entre el 50% y el 75% del descuento, **según el momento en que se hizo la indemnización y de quién surgió la voluntad de hacerlo**, pues no es lo mismo que se restablezcan los derechos de la víctima a último momento, permitiendo que padezca la consecuencias del delito y las vicisitudes de un proceso penal por un extenso periodo, como tampoco que el esfuerzo para resarcir no hubiese sido realizado por el acusado, sino por un tercero (así sea un partícipe en el delito).”³

En el mismo sentido, en el radicado 51100 del 7 de noviembre de 2018, la Corte Suprema de Justicia, expresó al respecto:

² C.S.J. Sala de Casación penal, rad. 15.613 del 13 de febrero del 2003,

³ Cfr. Sentencia del 26 de junio de 2013 (radicado 40.234).

“3.3. De los anteriores pronunciamientos se deriva, que el descuento consagrado en el canon 269 del Código Penal, para delitos contra el patrimonio económico, está condicionado al interés mostrado por el acusado en cumplir pronta o lejanamente, total o parcialmente, con la reparación de derechos vulnerados a las víctimas. (...).

4. Lo anteriormente expuesto permite afirmar que, el momento de la actuación procesal en que se materializa la reparación, es un referente indispensable para calcular el porcentaje de descuento punitivo, porque permitirá medir, a partir de la ocurrencia de los hechos y hasta antes de la emisión de la sentencia, la voluntad del acusado en resarcir el daño causado a las víctimas y así lo viene ratificando la Sala de manera consistente.

A manera de ilustración, léanse las siguientes consideraciones expuestas en pronunciamiento más reciente (CSJ SP11895-2015, Rad. 44618):

Ahora bien, la norma sustantiva determina que el procesado tiene derecho a una disminución que va de la mitad a las tres cuartas partes (50% al 75%), descuento que si bien es discrecional de juez, no es arbitrario, puesto que ha de tener en cuenta el interés mostrado por el acusado «en cumplir pronta o lejanamente, total o parcialmente, con los fines perseguidos por la disposición penal, que no son otros que velar por la reparación de los derechos vulnerados a las víctimas» (CSJ SP16816/2014, rad. 43959).

En ese orden, debido a que en este caso el resarcimiento tuvo lugar en la última instancia procesal prevista para el efecto, lo que significó mayor desgaste de la Fiscalía, quien actuó en representación de los intereses de la ofendida, la Sala considera que la rebaja punitiva será la menor, esto es, del cincuenta por ciento (50%).

5. Al ponderar los anteriores derroteros con lo acaecido en el asunto que se examina, la Sala constata que, tal como lo postula el demandante, el Tribunal desacertó al aplicar el porcentaje mínimo del 50% de descuento, porque es evidente que el acto indemnizatorio no tuvo lugar en el último momento permitido, esto es, previo a la emisión de la sentencia de primera instancia.

Sin embargo, la razón no está totalmente del lado del casacionista, porque si los acontecimientos datan del 18 de marzo de 2012 y la reparación se produjo en el mes de junio de 2013, como se evidencia en los memoriales suscritos por los ofendidos⁴, no es posible considerar que dicho acto se produjo en fecha cercana a los hechos, como bien lo acotó la representante del Ministerio Público, si se tiene en cuenta que en ese lapso se agotaron las audiencias de formulación de imputación y de acusación, previa presentación del escrito respectivo.”

⁴ Folios 43 y 44 de la Carpeta 2.

Teniendo como soporte de interpretación dichas reglas, vemos como, en el caso concreto, los hechos acaecieron el 24 de agosto de 2021, obrando en el expediente constancia de pago del 13 de enero de 2022, fecha en la que se anunció el acuerdo conciliatorio y se dio trámite a la audiencia de individualización de pena.

Si atendemos las directrices expuestas, creemos que la rebaja concedida por la A quo, se ajusta a los referidos parámetros como quiera que, pese a que el allanamiento a cargos se dio en diligencia del 25 de agosto de 2021, solo se logró llegar a un acuerdo con la víctima en la última audiencia, esto es, el 13 de enero de 2022, sin embargo, otorgó no la disminución mínima posible (50%), sino una mayor (60%), en atención al interés mostrado por el procesado, pero en todo caso, advertimos razonable que no era procedente la máxima disminución (75%).

Por ello, al margen de si la reclamación por concepto de indemnización de perjuicios, podría ofrecerse en principio desproporcionada para la defensa y el enjuiciado, por lo que debieron acudir a un perito para que regulara su monto, es lo cierto, que era precisamente la víctima quien podía determinarlo, atendiendo a que no solo puede entenderse incluido el valor del elemento arruinado y su reparación o cambio, sino todos aquellos menoscabos que tuvo que afrontar Duván Stevenson Castaño como consecuencia del delito, y por tanto, debieron desde el principio tratar de llegar a una negociación y

no esperar hasta momentos previos a la audiencia de individualización de la pena para ello, como en efecto ocurrió.

El acercamiento con el ofendido y el acuerdo al que llegaron muestra para nosotros que no era inviable haberlo realizado en etapas más tempranas del proceso y no trasegar por trámites como un dictamen pericial que resultó finalmente siendo cuestionado.

Por lo expuesto, estima la Sala, la disminución del sesenta por ciento (60%) se ofrece como una rebaja razonable y ponderada del monto de la pena que consulta, creemos, postulados de justicia restaurativa que se acompañan con los fines y funciones de la pena, en especial la justa retribución, siguiendo además los parámetros que para efectos del otorgamiento de estas rebajas ha decantado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Así las cosas, se confirmará en este aspecto la decisión de primera instancia; es respetable la posición de la defensa, pero no pueden ser atendidos sus argumentos.

Para resolver el segundo punto, abordará la Colegiatura el análisis con el fin de establecer si con los anexos allegados por el procesado y su defensora en la audiencia de individualización de la pena, se acreditó su condición de cabeza de familia a la luz de los requisitos legales y jurisprudenciales establecidos para el efecto.

Sobre la definición del concepto de madre (o padre⁵) cabeza de familia, el artículo 2º de la Ley 82 de 1993, previo a la modificación del artículo 1º de la Ley 1232 de 2008, establecía lo siguiente:

ARTÍCULO 2. Para los efectos de la presente ley, entiéndase por 'Mujer Cabeza de Familia', quien, siendo soltera o casada, tenga bajo su cargo, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.

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

Respecto de la condición de madre o padre cabeza de familia y los requisitos con los cuales se acredita, la Corte Constitucional se pronunció indicando:

"En efecto, para tener dicha condición, es presupuesto indispensable (i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no solo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquella se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental ó, 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.", lo que en principio lleva a considerar la necesidad de que sea la madre quien deba permanecer a su lado."⁶

En el mismo sentido, en sentencia proferida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, con radicado 46277 del 31 de mayo de 2017, se consignó lo siguiente:

"Ha tenido oportunidad esta Sala de señalar⁷, que la comprensión jurisprudencial de las condiciones para acceder a la prisión domiciliaria ha

⁵ Sentencia C-184 de 2003, amplió la protección al padre cabeza de familia.

⁶ Sentencia SU 388 de 2005

⁷ CSJ SP-10919-2015, 19 ago. 2015, rad. 45853.

variado en el tiempo. Así, en principio, la Corte consideró suficiente, a partir de la interpretación sistemática de lo dispuesto en la Ley 750 de 2002 y de los artículos 314 y 461 de la Ley 906 de 2004, la acreditación de la condición de padre o madre cabeza de familia, sin necesidad de valorar los antecedentes del interesado ni la naturaleza del delito objeto de condena⁸.

Sin embargo, posteriormente, recogiendo ese criterio, **y bajo el entendido que los artículos 314, numeral 5, y 461 de la Ley 906 de 2004 no derogaron los requisitos establecidos en el artículo 1 de la Ley 750 de 2002** en lo atinente a la figura de la prisión domiciliaria para la persona cabeza de familia, la Sala ha venido sosteniendo de manera pacífica que para su otorgamiento se requiere de la satisfacción concurrente de todas las condiciones previstas en esta norma, a saber: i) que el condenado, hombre o mujer, tenga la condición de padre o madre cabeza de familia; ii) **que su desempeño personal, laboral, familiar y social permita inferir que no pondrá en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo**; iii) que la condena no haya sido proferida por alguno de los delitos allí referidos y; iv) **que la persona no tenga antecedentes penales**⁹. Así se precisó:" – subrayas y negrilla propia-

Posteriormente, a través de la providencia con radicado 53.863 de 2019, la corporación fijó las reglas aplicables para decidir sobre la prisión domiciliaria especial para personas cabeza de familia:

4.2.2.1. La definición de madre -o padre- cabeza de familia

"Al respecto, el art. 2º de la Ley 82 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 1232 de 2008, establece lo siguiente:

Jefatura Femenina de Hogar. *Para los efectos de la presente ley, la Jefatura Femenina de Hogar es una categoría social de los hogares, derivada de los cambios socio-demográficos, económicos, culturales y de las relaciones de género que se han producido en la estructura familiar, en las subjetividades, representaciones e identidades de las mujeres que redefinen su posición y condición en los procesos de reproducción y producción social, que es objeto de políticas públicas en las que participan instituciones estatales, privadas y sectores de la sociedad civil.*

*En concordancia con lo anterior, es Mujer Cabeza de Familia quien, siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios **u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar**, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, psíquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.*

⁸ CSJ SP, 26 jun. 2008, rad. 22.453.

⁹ CSJ SP, 22 jun. 2011, rad. 35943.

En relación con el mismo punto, en sentencia con radicado 55.614 del 10 de junio de 2020, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, precisó:

*"De la literalidad de la ley se extrae que el carácter de cabeza de familia no sólo se adquiere cuando se tiene a cargo a hijos menores de edad. En efecto, el legislador previó expresamente la posibilidad de adquirir dicha calidad cuando esa relación de dependencia se presenta frente a **"otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar"**.*

Esta postura fue reiterada, en términos generales, en la sentencia SU-388 de 2005. Más puntualmente, en la sentencia T-200 de 2006, la Corte Constitucional concluyó que una de las demandantes era madre cabeza de familia por el hecho de tener a cargo (según las reglas allí establecidas) a su padre, dada la ancianidad y el precario estado de salud de éste. En el mismo sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido esa condición en situaciones en que mujeres están a cargo del cónyuge que padece una grave afectación mental (CSJ SP 12 feb. 2014, rad. 43.118)"

4.2.2.2. La regulación de la prisión domiciliaria para madres o padres cabeza de familia

"El artículo 1º de la Ley 750 de 2002,¹⁰ en punto de los requisitos para conceder la sustitución de la prisión, establece:

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

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

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

(...)

*De la armonización de estas dos leyes se extrae que la prisión domiciliaria, bajo la modalidad de madre cabeza de familia, opera cuando la condenada tiene a cargo hijos menores, como también cuando constituye el **único soporte** de otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, bien por su edad o por problemas graves de salud. Lo anterior, siempre y cuando se verifiquen los requisitos consagrados expresamente en la norma que se acaba de transcribir.*

¹⁰ Norma declarada exequible por la sent. C-184 de 2003, en el entendido que el derecho puede ser concedido por el juez a los hombres que, de hecho, se encuentren en la misma situación que una mujer cabeza de familia.

(...)

*Ante este panorama, se tiene claro que: i) la Ley 750 de 2002 permite el cambio de sitio de reclusión (domiciliaria en lugar de intramuros) cuando la mujer o el hombre es **la única persona a cargo del cuidado y la manutención** de sus hijos menores de edad, siempre y cuando se reúnan los puntuales requisitos previstos en la ley y desarrollados por la jurisprudencia y ii) el mismo beneficio puede otorgarse a la mujer que tenga la calidad de madre cabeza de familia respecto de **otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar**, que integren su núcleo familiar, bajo las limitaciones establecidas en la ley (valga la necesaria repetición).*

*De esta manera, quedaría por establecer si el beneficio en mención podría otorgarse cuando esas "otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar" dependan **exclusivamente** del procesado, al punto que éste, respecto de aquéllas, reúna los requisitos legales para ser catalogado como cabeza de familia."*

Pues bien, atendiendo los anteriores señalamientos, compete a la Sala determinar si el señor **JOSE FERNANDO MAZO ACEVEDO** ostenta la condición de cabeza de familia, que por su naturaleza demanda un trato excepcional y, si se quiere, más favorable, en atención al interés superior de su madre.

Para el efecto argumentó la defensora, en el traslado del artículo 447 de la Ley 906 de 2004, que su prohijado es técnico en reparación y ha hecho otras actividades para colaborarle a su madre, quien es una persona enferma y de edad, y su padre es un albañil, que *solo puede llevar el diario* y estando en la domiciliaria le ha sido casi imposible atender los deberes que tiene con la familia, por lo que, depreca, se otorgue la sustitutiva, aportando los elementos que dan cuenta de esa situación.

.
Para soportar su solicitud allegó los siguientes documentos:

PROCESO: 05001 60 00206 2021 13653
DELITO: Hurto calificado
CONDENADO: JOSE FERNANDO MAZO ACEVEDO
OBJETO: Apelación de sentencia.
DECISIÓN: CONFIRMA

• Declaración extrajudicial suscrita por **María Cenobia Piedrahita Castro y Mariana Alejandra Echeverri Correa**, el 3 de diciembre de 2021, quienes indican bajo juramento que desde hace aproximadamente 24 y 5 años respectivamente, conocen de vista, trato social y comunicación, al señor JOSE FERNANDO MAZO ACEVEDO, por lo que saben y les costa lo buena persona, servicial, honesto, buen vecino, buen hijo, que siempre está para ayudar a los demás, respetuoso y sobre todo, un excelente ser humano, por lo que están seguras que no representa un peligro para la comunidad. También que JOSE FERNANDO es quien vela económicamente por sus padres JAIME MAZO ATEHORTUA y LUZ MERY ACEVEDO DE MAZO, con quienes convive bajo el mismo techo en la dirección Carrera 51 A N. 95-83, interior 201, de Medellín.

• Declaración extrajudicial suscrita por **JAIME MAZO ATEHORTUA y LUZ MERY ACEVEDO DE MAZO**, el 3 de diciembre de 2021, quienes manifestaron bajo juramento que, su hijo llamado JOSE FERNANDO MAZO ACEVEDO, es quien responde económicamente y en todos los sentidos por ellos, ya que es quien les provee todos los medios necesarios para su congrua subsistencia, y viven bajo el mismo techo.

Ahora bien, la normatividad aplicable, para efectos de la concesión de la prisión domiciliaria como cabeza de familia a **JOSE FERNANDO MAZO ACEVEDO** es el artículo 1 de la Ley 750 de 2002 que por su pertinencia se transcribe:

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

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

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

(...)"

Al cotejar los requisitos de la norma en cita, se debe indicar, que solo se aportó, como elemento cognoscitivo, para acreditar las condiciones personales, laborales y sociales del procesado,

que permitan inferir que no pondrá en riesgo a la comunidad o las personas a su cargo, las manifestaciones de MARÍA CENOVIA PIEDRAHITA CASTRO y MARIANA ALEJANDRA ECHEVERRI CORREA, quienes lo describen como un excelente ser humano, pero desconocen en qué actividades laboraba, dónde y cómo lo hacía, cuál era su desempeño en la comunidad donde habita, si era reconocido por los líderes de la zona, entre otras circunstancias, para arribar a una conclusión de esa naturaleza.

En lo que se refiere a los antecedentes penales, entre los elementos allegados por la Fiscalía, se aportó el oficio suscrito el 24 de agosto de 2021, por el Administrador del Sistema de Información de la SIJIN – MEVAL, en el que indica que **MAZO ACEVEDO** registra antecedentes penales o anotaciones y hace referencia a una sentencia emitida en el CUI 050016000206201621939 que data del 21 de octubre de 2016, pero no se allegó constancia de su ejecutoria.

Igualmente se hace alusión, a otra sentencia proferida en el CUI 050013107002201500938, el 20 de mayo de 2015, y otras tres, en las que ni siquiera se registra la fecha de la decisión.

De esta manera, no se acreditó debidamente que **JOSE FERNANDO MAZO ACEVEDO**, haya sido condenado por delito doloso dentro de los cinco años anteriores, estimando esta Sala de Decisión, que es el límite temporal que debe tenerse en cuenta a las voces del artículo 68 A del Código Penal.

Finalmente, se deberá analizar, si **MAZO ACEVEDO**, efectivamente ostenta o no la condición de padre cabeza de familia, cuyos requerimientos son los siguientes:

- (i) Que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar;
- (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente;
- (iii) no solo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquella se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre;
- (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o, como es obvio, la muerte;
- (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar.", lo que en principio lleva a considerar la necesidad de que sea la madre quien deba permanecer a su lado.

Al analizar los requerimientos en cita, encuentra esta Colegiatura que en el presente evento, luego de valorar la documentación allegada, si bien se indica por los declarantes, que **JOSE FERNANDO MAZO ACEVEDO** es quien vela económicamente por sus padres, de la argumentación de la defensora se extracta que su progenitor Jaime Mazo Atehortúa se desempeña como albañil, lo que indica que en el núcleo familiar del procesado hay una persona que se encuentra habilitada para laborar y por tanto no se puede concluir que la madre, se encuentre desprotegida y tampoco que esté inhabilitada para trabajar, porque ninguna prueba de esa situación se allegó.

En virtud de ello, como la protección que se demanda para la defensora es para la progenitora de JOSE FERNANDO MAZO ACEVEDO, encuentra la Sala, que no solo no se acreditó que sea un sujeto de especial protección constitucional, sino que, además, en ese núcleo familiar se encuentra su esposo – *el padre del procesado* – quien deberá velar por ella, de encontrarse en una difícil situación, mientras su hijo cumple la pena que le fue impuesta.

Así las cosas, como en el grupo familiar de la persona cuya protección se pretende, se encuentra Jaime Mazo Atehortúa, es éste el llamado a asumir no solo los cuidados, sino la manutención de Luz Mery Acevedo de Mazo, de quien no se probó que se encuentre en una condición de incapacidad o discapacidad, que le impida valerse por sí misma.

En consideración a lo expuesto, se debe entonces, confirmar la decisión de primera instancia. En nuestra opinión, no se acreditaron la totalidad de los requisitos establecidos para el otorgamiento de la prisión domiciliaria como cabeza de familia a **JOSE FERNANDO MAZO ACEVEDO**, dada la presencia de su padre en el hogar, más allá de si se acreditaron o no el cumplimiento de los demás requisitos establecidos en el artículo 1 de la Ley 750 de 2002, esto es, que el desempeño personal, laboral, familiar o social del infractor permita a la autoridad judicial competente determinar que no colocará en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A

PRIMERO: CONFIRMAR, en lo que fue objeto de apelación, la sentencia condenatoria dictada por la Juez Cuarenta y Siete Penal Municipal con Función de Conocimiento de Medellín, el pasado veinticinco (25) de enero de dos mil veintidós (2022),

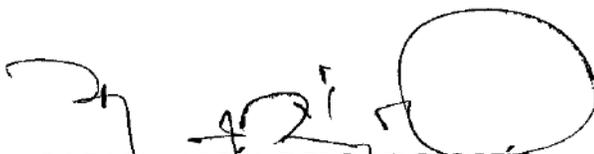
PROCESO: 05001 60 00206 2021 13653
DELITO: Hurto calificado
CONDENADO: JOSE FERNANDO MAZO ACEVEDO
OBJETO: Apelación de sentencia.
DECISIÓN: CONFIRMA

dentro del presente proceso seguido en contra de JOSE FERNANDO MAZO ACEVEDO.

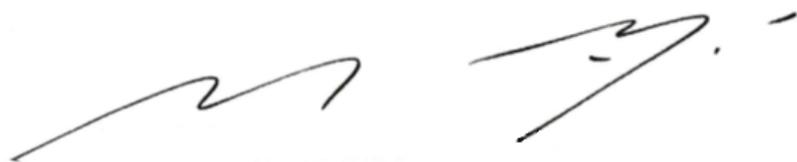
SEGUNDO: Contra esta decisión procede el recurso de casación en la forma y términos previstos en el artículo 183 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 98 de la ley 1395 de 2010 y demás normas concordantes.

Quedan, partes e intervinientes, notificados en este estrado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ
Magistrado


JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ
Magistrado


MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS
Magistrado