



SALA DE DECISIÓN PENAL

APROBADO ACTA N° 122

(Sesión del 25 de octubre de 2022)

Radicado: 050016000000202100366
Sentenciados: Alexandra Mesa Gómez y Andrés Felipe Tamayo Villa
Delitos: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones y Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes
Asunto: Defensa apela negativa de concesión de prisión domiciliaria en favor de ambos sentenciados
Decisión: Confirma
M. Ponente: José Ignacio Sánchez Calle

Medellín, 3 de noviembre de 2022

(Fecha de lectura)

1. OBJETO DE DECISIÓN

La Sala resuelve el recurso de apelación que presentó el defensor de los ciudadanos condenados, contra la sentencia proferida el 19 de agosto de 2021 por el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Medellín que declaró penalmente responsable a Alexandra Mesa Gómez del delito de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones; y a Andrés Felipe Tamayo Villa de los delitos de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones y Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. Ello, ante la negativa de la concesión de la prisión domiciliaria en favor de ambos.

2. HECHOS

Respecto de Alexandra Mesa Gómez, se probó que el 13 de abril de 2021, a eso de las 6:00 horas, en diligencia de allanamiento y registro realizada a su residencia ubicada en la Calle 48B # 17B-56 del barrio El Vergel de esta ciudad, al lado de la lavadora se halló un arma de fuego tipo revolver, calibre 38 Special,

Radicado: 050016000000202100366
Sentenciados: Alexandra Mesa Gómez y Andrés Felipe Tamayo Villa
Delitos: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones y Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

numero interno IM539300, un cargador rápido y 12 cartuchos para el mismo, sin contar con salvo conducto para ello.

Y frente a Andrés Felipe Tamayo Villa se probó igualmente que el mismo día y a la misma hora mencionados en el párrafo precedente, también en diligencia de allanamiento y registro adelantada en su residencia ubicada en la Carrera 18 # 48-35, interior 301 del barrio El Vergel de esta ciudad, se le hallaron 2 proveedores con 12 cartuchos 9 mm, una pistola calibre 9 mm, marca Walter P99, serial 055862, sin tener el respectivo salvo conducto para ello. Además, en el cuarto útil, y en forma de panela, fueron hallados 19.500 gramos de marihuana y 10.3 gramos de cocaína.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

3.1. Actuación procesal relevante.

3.1.1. Audiencias Preliminares. El 15 de abril de 2021, el Juez Primero Penal Municipal con Función de Control de Garantías Ambulante de Antioquia, legalizó el procedimiento de captura realizado en contra de Alexandra Mesa Gómez y Andrés Felipe Tamayo Villa. Acto seguido la Fiscalía General de la Nación formuló imputación, a la primera por el delito de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones consagrado en el artículo 365 del Código Penal; y al segundo por los delitos de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones –del 365- y Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes consagrado en el inciso 3° del artículo 376 *ibídem* bajo el verbo rector “conservar”, cargos a los cuales los imputados no se allanaron. Se les impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento de reclusión.

3.1.2. Escrito de Acusación con Preacuerdo. El 10 de mayo de 2021, correspondió por reparto el escrito de acusación con preacuerdo al Juez Dieciséis Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín, Despacho que el 28 de junio siguiente llevó a cabo la audiencia de verificación del preacuerdo mediante el cual los ciudadanos aceptaban los cargos por los que fueron imputados a cambio de que se les degradara su participación en las

Radicado: 05001600000202100366
Sentenciados: Alexandra Mesa Gómez y Andrés Felipe Tamayo Villa
Delitos: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones y Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

referidas conductas de autores a cómplices, a efectos de la pena a imponer. Se pactó entonces con Alexandra Mesa Gómez que se le impondría una pena de 54 meses de prisión; y con Andrés Felipe Tamayo Villa una pena de 66 meses, dejando a discreción del Fallador la imposición de la pena de multa frente al delito contra la Salud Pública.

En virtud a lo anterior, el Juez le impartió aprobación al preacuerdo, anunciando el correspondiente sentido del fallo de carácter condenatorio.

Acto seguido se le dio trámite a la audiencia de individualización de pena y sentencia consagrada en el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, misma en la que la delegada de la Fiscalía manifestó que los procesados no tenían derecho a subrogados por expresa prohibición legal; en igual sentido se pronunció el delegado del Ministerio Público.

Por su parte la Defensa de los procesados solicitó en favor de Alexandra Mesa Gómez la concesión de la prisión domiciliaria del artículo 38B del Código Penal al considerar que como la Fiscalía concedió a su prohijada la calidad de cómplice, amplificó los extremos para imponer la pena, lo cual la hace merecedora de la prisión domiciliaria, pues además cuenta con arraigo y no tiene antecedentes penales; aportando declaración de su madre y allegados ante Notaría que dan cuenta de su buen comportamiento. Y, en favor de Andrés Felipe Tamayo Villa afirmó que, si bien no tiene derecho a subrogados por prohibición legal, su asistido es padre cabeza de familia y, como tal, se hace merecedor a la prisión domiciliaria a la luz de lo establecido en la Ley 750 de 2002, por ser quien ostenta la patria potestad de su hija menor quien está al cuidado y bajo total dependencia suya, para lo cual aportó acta de conciliación en la cual se le otorga la custodia de su hija, declaraciones extra juicio ante Notaría, hoja de vida de la menor, informe psicológico y su registro civil de nacimiento.

La Fiscalía y el Procurador presentaron oposición frente a la antedicha solicitud.

3.2. Sentencia de primera instancia.

Radicado: 050016000000202100366
Sentenciados: Alexandra Mesa Gómez y Andrés Felipe Tamayo Villa
Delitos: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones y Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

En virtud del preacuerdo, y tras la verificación de que existían suficientes elementos materiales probatorios que desvirtuaban la presunción de inocencia, que el pacto se adecuaba a la legalidad y que tanto Alexandra Mesa Gómez como Andrés Felipe Tamayo Villa habían aceptado los cargos de manera libre, consciente, voluntaria y debidamente asesorados por su abogado defensor, el sentenciador les impuso la pena principal tal y como fueron pactadas por la Fiscalía con ambos, a saber, 54 y 66 meses de prisión, respectivamente. Además, al señor Tamayo Villa le impuso una pena de multa de 667 SMLMV, equivalentes a la suma de \$605.986.842.

Frente a los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad y la prisión domiciliaria advirtió el *a quo* respecto de la solicitud en favor de Alexandra que, en su criterio, la Fiscalía al conceder la ficción de la complicidad de que trata el artículo 30 del Código Penal lo hace solo para establecer el monto de la pena, más no para desnaturalizar la conducta punible perpetrada, cuya acción sigue configurando una autoría, lo cual quiere decir que los extremos punitivos no se reducen para la viabilidad de la prisión domiciliaria.

Ahora, en relación a la solicitud de prisión domiciliaria en favor de Andrés Felipe Tamayo Villa, como padre cabeza de familia, adujo que, si bien se incorporaron elementos que pueden ser indicativos de que éste lo sea, no logran demostrar con certeza que su hija menor este totalmente desamparada y viviendo en condiciones inhumanas por falta del sustento de su padre o que esté en inminente riesgo de violación de sus derechos o garantías como menor de edad, pues, tal y como lo afirmó el defensor, la menor se encuentra con la señora Estefanía Vasco Díaz, quien de la exposición se colige es la excompañera permanente del procesado y ha estado pendiente de la menor aunque ya no tienen ninguna relación.

Tampoco consideró el *a quo* que se hubiese acreditado la condición de padre cabeza de familia, en le términos y condiciones establecidos en la Ley 1232 de 2008, sobre todo en lo que hace relación a la ausencia sustancial de ayuda de los demás miembros del grupo familiar.

Así las cosas, para la primera instancia no procede en favor de ninguno de los condenados la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni la

Radicado: 050016000000202100366
Sentenciados: Alexandra Mesa Gómez y Andrés Felipe Tamayo Villa
Delitos: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones y Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

sustitución de la prisión intramuros por la domiciliaria de los artículos 63 y 38 del Código Penal, y 314 del Código de Procedimiento Penal, por ausencia de los elementos objetivos.

3.3. De los recursos interpuestos por la defensa.

3.3.1. En favor de Alexandra Mesa Gómez. Arguyó el censor que en el escrito del preacuerdo es clara la degradación de la conducta “de autor a cómplice”, como uno de los dispositivos amplificadores del tipo penal que modifica los extremos punitivos, sin hacer énfasis en la “ficción jurídica” a la que el Fiscal y el agente del Ministerio Público se refirieron al momento de presentar el preacuerdo, desconociendo con ello la voluntad de las partes plasmada en un preacuerdo realizado por escrito y radicado ante el Juzgado de Conocimiento.

Señala que conforme al artículo 30 del Código Penal, a quien interviene en la comisión de un delito a título de cómplice se le disminuirá la pena establecida para el delito básico de una sexta parte a la mitad, por lo que en este caso se está en presencia de una circunstancia modificadora de los límites punitivos que incidiría en el escenario relacionado con el cumplimiento del requisito objetivo de la pena sustitutiva de la prisión domiciliaria porque, como consecuencia de esos descuentos punitivos se tendría que algunos delitos que inicialmente no serían susceptibles del sustituto referido, al aplicarles en su mínimo la disminución del 50%, sí lo serían, lo cual por error no tuvo en cuenta la primera instancia.

Esa mutación por virtud del preacuerdo se constituye en circunstancia que de una u otra forma altera el ámbito de punibilidad del delito objeto de la negociación, como bien aconteció en este caso por tratarse de un delito que inicialmente no era susceptible de la prisión domiciliaria pero que terminó siéndolo debido a que sufrió una modificación en su pena mínima como consecuencia del tratamiento del grado de participación de su prohijada de autora a cómplice.

Arguye que en el escrito de preacuerdo no se habla en modo alguno de la “ficción jurídica” a la que hizo alusión el señor Fiscal al momento de presentar la exposición oral de los términos del preacuerdo, desconociendo que se había hecho una negociación sin hacer referencia a la ficción jurídica aludida. Señaló

Radicado: 05001600000202100366
Sentenciados: Alexandra Mesa Gómez y Andrés Felipe Tamayo Villa
Delitos: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones y Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

que él en la audiencia hizo referencia a esa inquietud y, a pesar de ello el *a quo* aprobó el preacuerdo sin hacer ninguna observación a lo él aludido.

Considera que su asistida sí tiene derecho a que se le sustituya la detención intramuros por la prisión domiciliaria dado que conforme al preacuerdo en los términos que fueron pactados en principio, como la pena se determinó en 54 meses, queda por debajo de los 8 años establecidos en el artículo 38B del Código Penal, aunado a que Alexandra no tiene antecedentes penales y cuenta con arraigo positivo, cumpliéndose entonces tanto con el factor objetivo como con el subjetivo, presupuestos que la primera instancia no tuvo en cuenta al momento de tomar su decisión por lo que, afirma, su decisión fue automática mas no valorativa. Por ende, solicita se revoque la decisión impugnada por falta de motivación y la no aplicabilidad de normas legales y constitucionales, aunado a que no tuvo en cuenta lo que ha dicho la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en varias sentencias como la SP93103-2016, Radicado 45181 del 9 de marzo de 2016, MP Eugenio Fernández Carlier.

3.3.2. En favor de Andrés Felipe Tamayo Villa. Reitera que lo fallado en primera instancia se trató de una decisión automática mas no valorativa en lo que tiene que ver con cada una de las pruebas por él aportadas en la audiencia del 447, las cuales no fueron debatidas, y por ende la decisión del *a quo* no fue motivada, desconociendo que quien tiene la custodia permanente de la hija menor de Tamayo Villa es él, acorde al acta de conciliación del 20 septiembre del año 2017.

Resalta que su prohijado es quien ha estado bajo el cuidado de su hija menor, la cual se encuentra en estado de vulnerabilidad dado a que con la persona con quien vive, la señora Estefanía Vasco Diaz, no es ni siquiera de su familia, es la compañera permanente de Andrés Felipe y, como lo dice ella bajo la gravedad del juramento en declaración que realizó en la Notaría 1ª de Medellín el 26 de junio de 2021, no se pudo hacer cargo más de la menor dado a que no cuenta con los recursos económicos; aunado a otras pruebas como el estudio psicológico realizado a la menor por el profesional Jhon Jairo Cadavid Lopera, en donde el psicólogo anota que no puede estar desamparada de sus padres, que tiene riesgo de abandono lo cual lleva a malos tratos y riesgos ante la sociedad, así como patologías mentales graves. También aportó varias declaraciones ante

Radicado: 05001600000202100366
Sentenciados: Alexandra Mesa Gómez y Andrés Felipe Tamayo Villa
Delitos: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones y Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

Notarios donde se demuestra esa condición de padre cabeza de familia, pruebas que no fueron valoradas por el *a quo*.

Arguye que el Juez de primera instancia no le dio valor probatorio a las pruebas por él aportadas para que, en virtud al principio de proporcionalidad y gradualidad, hiciera un análisis más detallado y profundo de las condiciones en que se encuentra la menor estando su padre detenido, el *a quo* solo hizo mención de la Ley 750 del 2002 y la 1232 de 2008, las cuales establecen unos requisitos que deben de ser analizados cada uno en el cuerpo de la sentencia y contrastado con los elementos aportados.

Hace alusión a la figura del padre cabeza de familia, para lo cual cita la Sentencia SU-389 de 2005 para precisar que es necesario que se valore su solicitud conforme al interés superior del menor y la protección que el Estado debe brindarle, atendiendo a la familia constitucionalmente consagrada como institución básica de la sociedad. Es menester entonces que, para determinar la procedencia o no del beneficio de la prisión domiciliaria, el Juez luego de considerar los requisitos objetivos que consagra la norma, realice un análisis concienzudo y mediante un ejercicio de ponderación, verifique el cumplimiento de todas las circunstancias fácticas que rodean la solicitud, consistentes en el interés superior del menor, la gravedad de la conducta que lesionó el bien jurídico tutelado, la situación de indefensión en que pueda verse abocado el niño o adolescente y la garantía de que el beneficiado no vaya a evadir la justicia, para lo cual cita sentencia como la 68224 y la 66744 de 2013.

Itera pues que el *a quo* no motivó la razón para la negativa de la prisión domiciliaria en favor de Andrés Felipe Mesa Tamayo quien, se acreditó con suficiencia, tiene la condición de padre cabeza de familia por ser el único cuidador de su hija menor María Alejandra Tamayo Aristizábal.

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1. Competencia.

Radicado: 050016000000202100366
Sentenciados: Alexandra Mesa Gómez y Andrés Felipe Tamayo Villa
Delitos: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones y Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

Esta Sala es competente para resolver el asunto según lo dispone el numeral primero del artículo 34 de la Ley 906 de 2004¹.

4.2. Problemas jurídicos.

Esta Sala determinará, de un lado si respecto de Alexandra Mesa Gómez fue acertada o no la decisión del *a quo* de negar la prisión domiciliaria del artículo 38B del Código Penal; y, del otro, si respecto de Andrés Felipe Tamayo Villa se cumplen las exigencias, fácticas, legales y jurisprudenciales para concederle la prisión domiciliaria en condición de padre cabeza de familia.

4.3. Valoración y solución de los problemas jurídicos.

4.3.1. Frente a la apelación interpuesta por la Defensa en favor de Alexandra Mesa Gómez a efectos de que se le conceda la prisión domiciliaria por cuanto considera cumplidos los presupuestos para el efecto bajo el entendido de que al haberse mutado su participación de autora a cómplice, conforme a los términos del preacuerdo, ello impacta los extremos punitivos del delito por el cual aceptó responsabilidad penal, y como la pena para el cómplice del delito de Fabricación, tráfico y porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones es menor a 8 años de prisión, aunado a que este punible no está enlistado en las prohibiciones del artículo 68A del Código Penal, que además la sentenciada tiene arraigo social y familiar y carece de antecedentes penales, de ahí que considera procedente concederle el precitado beneficio. Citó el censor para el efecto una sentencia del año 2016 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia² afirmando que los mecanismos sustitutivos de la pena de prisión se analizan conforme a los extremos punitivos previstos para el delito según los términos de la aceptación de la responsabilidad penal, en este caso para el cómplice.

Pues bien, como el defensor insiste en que los términos de la negociación son los que se plasmaron en el escrito de acusación con preacuerdo radicado ante el Despacho de primera instancia y no conforme los expuso el delegado de la

¹ Artículo 34. De los tribunales superiores de distrito. Las salas penales de los tribunales superiores de distrito judicial conocen:

1. De los recursos de **apelación** contra los autos y **sentencias** que en primera instancia profieran los **jueces del circuito** y de las sentencias proferidas por los municipales del mismo distrito. (Negrillas de la Sala de Decisión).

² SP3103-2016, Radicado 45181, MP. Eugenio Fernández Carlier.

Radicado: 050016000000202100366
Sentenciados: Alexandra Mesa Gómez y Andrés Felipe Tamayo Villa
Delitos: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones y Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

Fiscalía en la audiencia de verificación del mismo –aunque una vez verificó esta Sala lo manifestado en dicha audiencia, se acredita que, contrario a lo afirmado, no se variaron dichos términos- se cita textualmente lo anotado en el pacto así “A cambio de la aceptación de los cargos y de la responsabilidad, por parte de los señores ALEXANDRA Y ANDRES FELIPE, la FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN, a través de la Fiscalía 67 delegada ante los Jueces Penales de Circuito Especializados de Medellín, le concederá variar la forma de participación en las conductas punibles degradándolas de AUTOR a CÓMPLICE para efectos de fijación de la pena a imponer por el Juez de Conocimiento en sentencia condenatoria” (negritas fuera del texto original), lo cual implicó una rebaja del 50% de la pena que en principio le correspondería como autora del mencionado delito.

Es importante en este punto recordar que, en principio, con sustento en la providencia con Radicado 46101 de 2016, proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia³, se consideraba que la condena se emitía por el o los delitos preacordados y no por los imputados, lo cual tal y como lo afirma el censor, se extendía a las consecuencias jurídicas de las conductas por las cuales se aceptaba la responsabilidad penal, en cuanto a la pena a imponer y a los subrogados penales, de ahí que de cara al reconocimiento de los sustitutos penales se tenían en consideración los ámbitos punitivos resultantes de la aceptación de la responsabilidad penal y no de la imputación o acusación, es decir que al degradarse la participación de autor a cómplices, la pena señalada para este último era la que definía la procedencia o no de la suspensión condicional de la ejecución de la pena o de la prisión domiciliaria. No obstante el Órgano de Cierre cambió su postura a partir del 24 de junio del año 2020 con la expedición de la sentencia hito 52227⁴, para establecer, entre otras, la siguiente regla jurídica en torno a esa clase de negociaciones:

“(…) puede tomarse “como referencia una calificación jurídica con el único fin de establecer el monto de la pena. En esos casos: (i) las partes no pretenden que el juez le imprima a los hechos una calificación jurídica que no corresponde, tal y como sucede en la modalidad de acuerdo referida en el párrafo precedente; (ii) así, a la luz de los ejemplos anteriores, el autor es condenado como tal, y no como cómplice, y no se declara probado que el procesado actuó bajo la circunstancia de menor punibilidad –sin base fáctica–; (iii) la alusión a una calificación jurídica que no corresponde solo se orienta a establecer el monto de la pena, esto es, se le condena en calidad de autor, pero se le asigna la pena del cómplice –para continuar con el mismo ejemplo– (...)” (Negritas de la Sala)

³ MP. Eyder Patiño Cabrera.

⁴ MP. Patricia Salazar Cuéllar.

Radicado: 050016000000202100366
Sentenciados: Alexandra Mesa Gómez y Andrés Felipe Tamayo Villa
Delitos: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones y Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

De lo anterior se colige que en los preacuerdos puede tenerse en cuenta una calificación jurídica que no es coherente con los hechos, pero única y exclusivamente para establecer el monto de la pena –tal y como se pactó entre las partes en el *sub judice*-, esto es, un descuento punitivo concreto de conformidad con tales circunstancias, mas no puede implicar que se reconozca que efectivamente la ciudadana actuó bajo la modalidad reconocida en el preacuerdo, pues un razonamiento tal implica un cambio de calificación jurídica que no corresponde al acontecer fáctico que dio lugar a la imputación correspondiente.

Así, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha trazado una sólida línea jurisprudencial⁵ de la cual se desprende que para el reconocimiento de la prisión domiciliaria no puede tenerse en cuenta la pena mínima establecida en la ley de conformidad con las circunstancias acordadas -como se había determinado en la providencia de 2016 referida en precedencia-, sino que deben verificarse los requisitos, de acuerdo con los hechos jurídicamente relevantes que motivaron la imputación o acusación luego del recaudo de la evidencia que hizo la Fiscalía.

Se tiene pues que en este asunto, Alexandra aceptó por vía de negociación, su responsabilidad penal por el delito de Fabricación, tráfico y porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones a cambio del reconocimiento de la complicidad en los términos ya anunciados, lo cual no modifica los extremos punitivos, por lo tanto la pena mínima prevista en la ley para dicha conducta es de 9 años, de ahí que no se satisfaga el primero de los requisitos establecidos en el artículo 38B del Código Penal para la procedencia de la prisión domiciliaria, pues es preciso que “*la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de 8 años de prisión o menos*”; relegando al Fallador del análisis de los demás requisitos.

Es claro que no procede conceder la prisión domiciliaria, tal y como lo decidió el *a quo* por cuanto, se itera, de acuerdo con la actual postura jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia –de la cual debería tener conocimiento el abogado

⁵ Sentencias como la 54039 del 19 de agosto de 2020, 51478 del 21 de octubre de 2020 y 54691 del 14 de abril de 2021, por mencionar solo algunas.

Radicado: 050016000000202100366
Sentenciados: Alexandra Mesa Gómez y Andrés Felipe Tamayo Villa
Delitos: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones y Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

defensor-, para el reconocimiento de los mecanismos sustitutivos de la pena de prisión en establecimiento carcelario no puede tenerse en cuenta la pena mínima establecida en la ley en relación con las circunstancias acordadas, sino que los requisitos deben verificarse a la luz de los hechos jurídicamente relevantes que motivaron la imputación o acusación y por los cuales se aceptó la responsabilidad penal.

No es cierto que, tras la exposición por parte del Fiscal de los términos del preacuerdo, la Defensa se hubiese pronunciado solicitando aclaración respecto de la “ficción jurídica” aludida pues como se puede verificar a partir del minuto 5:13 de la segunda grabación de la audiencia celebrada el 28 de junio de 2021 el defensor manifestó que *“es claro señor Juez que en preacuerdo al que se llegó con el Ente Acusador **degradamos la pena del 50% de autor a cómplice** quedando una pena de 4.5 para la señora Alexandra (...) considera la Defensa que el preacuerdo se ajusta a derecho y no afecta el principio de legalidad. Mil gracias.”* Sin embargo, llama poderosamente la atención de esta Sala el que resulte preciso aclararle al profesional del derecho que cuando se alude a la palabra “ficción” se hace en el sentido de que el preacuerdo en esos términos, conlleva a que las partes, usen una figura que no corresponde con los hechos endilgados y que atempera la pena de manera exorbitante, pero solo para esos efectos –o como se dijo en el escrito del preacuerdo suscrito por las partes *“para efectos de fijación de la pena a imponer”*-, no para las consecuencias jurídicas que de ello se generen.

En conclusión, fue acertada la decisión del Juez primera instancia de negar a Alexandra Mesa Gómez la prisión domiciliaria, por cuanto no cumple con los requisitos legales para acceder a dicho beneficio en tanto el primero de ellos, el del factor objetivo –quantum punitivo- no se satisface, por ende, frente a ese aspecto habrá de confirmarse la sentencia objeto de alzada.

4.3.2. Ahora bien, respecto de la apelación interpuesta en favor de Andrés Felipe Tamayo Villa a efectos de que se le conceda la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia bajo el entendido de que este cuenta con las condiciones para ello, resulta necesario recurrir, de manera breve, al marco normativo que regula la institución invocada. El artículo primero de la Ley 750 de 2002, que dispuso la posibilidad de cumplir la condena en el domicilio del sentenciado, prevé:

Radicado: 05001600000202100366
Sentenciados: Alexandra Mesa Gómez y Andrés Felipe Tamayo Villa
Delitos: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones y Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

“(...) 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.”

Así mismo el numeral 5º del artículo 314 de la Ley 906 de 2004, exige como requisito que el procesado o procesada sea padre o madre cabeza de familia de hijo menor o que sufra incapacidad permanente, siempre y cuando haya estado bajo su cuidado. En otras palabras, la posibilidad de acceder a la prisión domiciliaria como padre o madre cabeza de familia a partir de las disposiciones más benignas que regulan la materia está supeditada entonces a que se demuestre dentro del proceso que se tiene la condición de “*cabeza de familia*”.

Por su parte, el inciso segundo del artículo 2º de la Ley 82 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 1232 de 2008 define que:

“(...) Artículo 2º. 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 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.

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, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.

Parágrafo. La condición de Mujer Cabeza de Familia y la cesación de la misma, desde el momento en que ocurra el respectivo evento, deberá ser declarada ante notario por cada una de ellas, expresando las circunstancias básicas del respectivo caso y sin que por este concepto se causen emolumentos notariales a su cargo.”

La Corte Constitucional en sentencia SU-388 de 2005, estableció como presupuestos indispensables para tener la condición de “*cabeza de familia*” los siguientes:

Radicado: 05001600000202100366
Sentenciados: Alexandra Mesa Gómez y Andrés Felipe Tamayo Villa
Delitos: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones y Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

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

Así pues, la mera circunstancia del desempleo y la vacancia temporal de la pareja, o su ausencia transitoria, por prolongada y desafortunada que resulte, no constituyen elementos a partir de los cuales pueda predicarse que una madre tiene la responsabilidad exclusiva del hogar en su condición de madre cabeza de familia”.

La misma Corporación en sentencias C-184 y 964 de 2003 extendió ese derecho a los hombres que se encuentren en igual situación de hecho que una mujer cabeza de familia.

Dicho lo anterior, pasará a analizar esta Sala si el procesado es la única persona que puede ocuparse de su hija menor en el entendido de que es a ella a quien se procura la protección a través del sustituto penal. Así las cosas, se demostró que en efecto es Andrés Felipe Tamayo Villa desde el año 2017 tiene la custodia de su hija María Alejandra quien para el momento de la sentencia que ahora se revisa contaba con 16 años de edad, que previo a su detención él vivía con la menor y su compañera permanente Estefanía Vasco Díaz, esta última tras la privación de la libertad continuó con el cuidado de la menor pero aduciendo en la declaración extrajuicio aportada por la Defensa, que ya no podía hacerse cargo de ella por motivos económicos y laborales.

Según afirmaron, también en declaración extra juicio, varios conocidos del encartado, así como su propia madre la señora María del Socorro Villa Torres, la menor ha estado viviendo con vecinos porque no se sabe del paradero de su madre la señora Luz Marcela Aristizábal Moreno. Frente a esto lo primero es resaltar que las declaraciones extra juicio constituyen, a lo sumo, prueba sumaria no controvertida, y su contenido no aporta elementos de valoración sobre la razón de lo plasmado⁶, pero si en gracia de discusión se atendiera lo allí referido, tampoco se logra obtener de ello información suficiente, pues su contenido es sumamente precario, ya que solo se menciona que la menor fue “abandonada”

⁶ CSJ Sala de Casación Penal, Sentencia del 2 de abril de 2014 con Radicado 40921, MP. José Luis Barceló Camacho.

Radicado: 05001600000202100366
Sentenciados: Alexandra Mesa Gómez y Andrés Felipe Tamayo Villa
Delitos: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones y Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

desde hace cinco años por su madre lo cual no se compagina con lo observado en los folios 14 y 15 del documento N°041 del expediente digital que contiene la hoja de vida estudiantil de la menor pues allí quien firma como acudiente de María Alejandra para los años 2018 y 2019 es “Marcela Aristizábal”, madre de la niña; es decir, no se sabe las condiciones de la relación entre madre e hija o las razones por las cuales la menor estaba al cuidado de su padre, lo que sí es que la Sala no puede pasar por alto olímpicamente el hecho de que la menor tiene como progenitora a la ciudadana Luz Marcela Aristizábal Moreno, titular de la cédula de ciudadanía 32.182.626, quien como tal, tiene la obligación de cuidar y velar de manera integral por su hija, no solo con ocasión a la privación de la libertad del padre sino en todo el tiempo que dure la condición incapaz.

El Código Civil en su artículo 253 dispone: “(...) **CRIANZA Y EDUCACIÓN DE LOS HIJOS.** Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos”. Así mismo, los artículos 14, 23 y 24 de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia, prevén:

“(...) Artículo 14. La responsabilidad parental. La responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es, además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos. En ningún caso el ejercicio de la responsabilidad parental puede conllevar violencia física, psicológica o actos que impidan el ejercicio de sus derechos

Artículo 23. Custodia y cuidado personal. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. La obligación de cuidado personal se extiende además a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales.

Artículo 24. Derecho a los alimentos. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a los alimentos y demás medios para su desarrollo físico, psicológico, espiritual, moral, cultural y social, de acuerdo con la capacidad económica del alimentante. Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación o instrucción y, en general, todo lo que es necesario para el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes. Los alimentos comprenden la obligación de proporcionar a la madre los gastos de embarazo y parto.”

Es decir que sin importar la razón o circunstancia por la cual el padre no puede velar directamente por su descendiente menor, la madre es la primera llamada

Radicado: 05001600000202100366
Sentenciados: Alexandra Mesa Gómez y Andrés Felipe Tamayo Villa
Delitos: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones y Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

a asumir esa carga pues la responsabilidad frente a los hijos no es una opción. Afirmar que la madre de la menor la abandonó hace 5 años no es una razón para predicar que María Alejandra requiere que a su padre se le conceda la prisión domiciliaria en calidad de padre cabeza de familia.

En este contexto bien vale se recordar que la figura no fue concebida para beneficio de los que infringen la ley, sino para la protección de los niños que quedan desamparados en términos absolutos cuando su padre o madre están privados de la libertad. Los Jueces de la República están en el deber de verificar que el interés superior del niño en cuyo favor se invoca la institución, efectivamente se afecte, pues de lo contrario se estaría patrocinando prácticas deleznable como la cosificación del infante en beneficio del condenado.

En sentencia del 15 de junio de 2016 con Radicado 47666⁷, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, anotó:

“(...) En efecto, la detención domiciliaria, bajo el entendido de que se está ante quien ejerce como cabeza de familia (sea la madre o el padre), de que trata la Ley 750 del 2002, debe entenderse en los términos del artículo 2º de la Ley 82 de 1993, modificado por la ley 1232 de 2008, esto es, que tiene a su cargo hijos menores de edad o discapacitados cuyo cuidado integral (protección, educación, afecto, educación, orientación, etc.) depende económica y exclusivamente de ella.

La concesión del sustituto parte del supuesto necesario de que, previo a su detención, se demuestre que el procesado, él solo, sin apoyo alguno, estaba al cuidado de sus hijos, de tal manera que la privación de la libertad trajo como consecuencia el abandono, la exposición y el riesgo inminente para aquellos.” (Negrillas fuera de texto)

Por demás valga advertirse que la menor también puede ser asistida moral y económicamente por sus familiares cercanos, entre ellos, su abuela paterna, la señora María del Socorro Villa Torres, titular de la cédula de ciudadanía 32.523.973, pues tampoco se aportó que la señora tuviese limitaciones de alguna naturaleza. Al respecto, resulta imperioso resaltar que el Código Civil en su artículo 260 dispone que: *“La obligación de alimentar y educar al hijo que carece de bienes, pasa, por la falta o insuficiencia de los padres, a los abuelos por una y otra línea conjuntamente (...)”*. No se trata pues de que María Alejandra no se lleve bien con su abuela y no le guste vivir con ella y que la señora María del Socorro afirme

⁷ Con ponencia del magistrado José Luis Barceló Camacho.

Radicado: 050016000000202100366
Sentenciados: Alexandra Mesa Gómez y Andrés Felipe Tamayo Villa
Delitos: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones y Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

que no puede cuidarla porque tiene quebrantos de salud pues lo cierto es que, se itera, el cuidado de la menor no es una opción sino un deber, una obligación.

En síntesis, conforme a la evidencia e información con que se cuenta, no se observa que la menor hija de Andrés Felipe Tamayo Villa esté moral y económicamente en condición de abandono o desprotegida por ausencia absoluta de familiares cercanos que puedan asumir la carga que les corresponde, en tanto el sentenciado descuenta la pena en establecimiento penitenciario.

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, **CONFIRMA ÍNTEGRAMENTE** la sentencia impugnada proferida el 19 de agosto de 2021 por el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Medellín.

Contra esta decisión, que se notifica en estrados, procede el recurso de casación, el cual deberá interponerse dentro del término común de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de la misma

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JOSE IGNACIO SANCHEZ CALLE
Magistrado

Radicado:
Sentenciados:
Delitos:

050016000000202100366
Alexandra Mesa Gómez y Andrés Felipe Tamayo Villa
Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones y Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'NELSON SARAY BOTERO', with a long vertical line extending downwards from the end of the signature.

NELSON SARAY BOTERO
Magistrado

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA', with a large, sweeping loop at the end.

HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA
Magistrado