



SALA PENAL

Medellín, viernes veintitrés (23) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Aprobado en la fecha, acta Nro. 104

Sentencia de segunda instancia Nro. 30

Radicado: 05-001-60-00000-2023-00146

Acusado: Fabián Andrés Ardila Medina

Delito: Concierto para delinquir agravado

Magistrado ponente: César Augusto Rengifo Cuello

Lectura: jueves 29 de junio de 2023. Hora: 09:00 a.m.

Decide la Sala el recurso vertical de apelación interpuesto por la defensa de FABIÁN ANDRÉS ARDILA MEDINA, contra la sentencia proferida vía preacuerdo por el Juez Segundo Penal del Circuito Especializado de Medellín el 29 de mayo de 2023, contra el prenombrado acusado como responsable del delito de Concierto para delinquir agravado, siendo motivo de inconformidad la negativa de concederle la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia.

EPÍTOME FÁCTICO

La Fiscalía narró que, en los barrios Porvenir, El Paraíso, El Tablazo, Lomitas uno, Lomitas dos, El Hatillo, sector La Carrilera, sector Los Bloques, sector Los Burdeles y en Sector el Hueco del Municipio Medellín, Bello y Barbosa, Antioquia, tiene asentamiento y dominio criminal el grupo delincuenciales organizado GDO Los Chatas.

De igual modo, aseguró el delegado fiscal que de los actos investigativos se pudo establecer la existencia de la organización delincuenciales "Los chatas",

integrada por un número plural de personas organizadas de manera jerárquica y con distribución de funciones y permanencia en el tiempo; dedicados a cometer diferentes conductas ilícitas tales como el tráfico de sustancias estupefacientes, homicidios, extorsión, desplazamientos forzados, porte ilegal de armas de fuego, hurtos, amenazas, lesiones personales y utilización de menores de edad en la comisión de delitos, entre otros.

Finalmente, contó que a través de los elementos de conocimiento recolectados tales como entrevistas, reconocimientos en álbumes fotográficos, interceptación de comunicaciones, se pudo establecer que los cabecillas principales de este grupo delincencial eran Juan Camilo Morales Sierra, alias “el Tío Loro” y Víctor Alejandro Pino Durango, alias “Tom” o “Carlos Chata” y que FABIÁN ANDRÉS ARDILA MEDINA perteneció a la estructura criminal desde enero de 2022 hasta el 14 de diciembre de 2022.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. En audiencias preliminares concentradas celebradas del 15 al 22 de diciembre de 2022, ante el Juez 31 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín se legalizó la captura de FABIÁN ANDRÉS ARDILA MEDINA, imputándole el delito de concierto para delinquir agravado (artículo 340 inc. 2° del C.P.), sin allanamiento a los cargos y con imposición de medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario.

2. El 24 de marzo de 2023, el Fiscal 281 Especializado GAULA radicó en el Centro de Servicios Judiciales de Medellín escrito de preacuerdo que fue asignado por reparto al Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de la misma ciudad el 29 de marzo de 2023, quien verificó la aceptación temprana de los cargos por parte del procesado, impartiendo aprobación al bilateral con base en el cual se emitió fallo el 29 de mayo de 2023.

Previo a ello, se realizó audiencia de individualización de pena y sentencia en la que La Fiscalía manifestó que, según lo señalado en el artículo 68A del código penal, no era admisible la concesión de beneficios y subrogados penales, en tanto, se profirió condena por el delito de concierto para delinquir agravado.

Por su parte la defensa del acusado aseguró que su representado ostenta la condición de padre cabeza de familia, deprecando el reconocimiento del mecanismo alternativo del art. 314.5 de la ley 906/4. Argumentando que su defendido es víctima del conflicto armado por desplazamiento forzado en el municipio de Barbosa, Antioquia, aunado a que el 14 de junio de 2010 sufrió herida por proyectil de arma de fuego en el ojo derecho prescribiéndole el perito una incapacidad médico legal de 70 días y una deformidad física que afecta el rostro de carácter permanente.

Pero, además, que según declaración rendida por su progenitora Luz Myriam Muñetón Pérez, es el adulto quien vela económica y emocionalmente por su hija HILARY ARDILA ARROYAVE de 19 años y la menor de 15 años VAA, quienes soportan afecciones psicológicas como consecuencia de la ausencia del padre. En suma, que se demostró con suficiencia que ostenta la condición de padre cabeza de familia y que vela por el hogar conformado por su madre e hijas, arrimando el letrado declaración jurada, certificados y registros civiles que soportan sus afirmaciones.

3. La decisión condenatoria dejó inconforme a la defensa del condenado ARDILA MEDINA, cuyo letrado interpuso y sustentó el recurso vertical de apelación de manera escrita y en el término de ley, siendo motivo del disenso el no reconocimiento de la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia a su patrocinado, por lo que repartida la apelación se apresta esta Sala a resolver la alzada.

DE LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

Agotado el respectivo control de legalidad de la actuación, una vez verificada la existencia de un mínimo de prueba para condenar y aprobados los términos del preacuerdo logrado entre las partes, y lo que hace a la manifestación de voluntad del procesado libre de todo vicio y apremio, para lo que nos interesa, el funcionario analiza los requisitos que desde el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia se exigen en orden a conceder la posibilidad de que trata el art. 314.5 de la ley 906/04, esto es, la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia, alegada en esta oportunidad por la defensa del justiciable, los cuales

permiten concluir la improcedencia de reconocer el mecanismo deprecado en este caso.

Así, considera que se debe demostrar: (i) que está a cargo del cuidado de los niños, (ii) que su presencia en el seno familiar es necesaria porque los menores dependen de ella no solo económicamente sino en cuanto a su salud y cuidado, (iii) que es de su exclusiva responsabilidad el sostenimiento del hogar; por tanto, (iv) que la medida se hace necesaria para garantizar la protección de los derechos de los niños y no simplemente una excusa para evadir el cumplimiento de la pena en el sitio de reclusión.

Descendiendo en el caso de marras, pese a que se tiene aquilatado la paternidad biológica frente a la menor de edad VAA, en la actualidad según la declaración juramentada del 12 de mayo de 2023, la abuela asumió el cuidado físico y psicológico de la pequeña. Por lo tanto, se encuentra probada respecto de esta la existencia de familiares comprometidos en contribuir con la satisfacción de sus necesidades físicas, económicas y emocionales, sin que sea suficiente para la concesión del mecanismo alternativo alegar afectación psicológica en la menor derivada de la reclusión del progenitor.

En el último sentido advertido, destaca que igualmente quedó evidenciado que la menor de edad cuenta con el apoyo constante de la abuela Luz Myriam y la hermana del condenado y tía de la pequeña, señora Hilary Ardila Arroyave, quienes hacen parte del núcleo familiar. En definitiva, se puede decir que esta cuenta con una red de apoyo suficiente, aunado a que el delito cometido se encuentra excluido de la concesión de subrogados y beneficios penales.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Señala el censor que mediante la prueba arrimada en sede de la audiencia del artículo 447 de la ley 906/04 por parte de la defensa se demostró que su patrocinado ostenta la calidad de padre cabeza de familia, o en todo caso la jefatura masculina del hogar que en su criterio morigera la calidad de padre cabeza de familia, toda vez que, mediante declaraciones juradas, los registros civiles de nacimiento de su prole y demás pruebas arrimadas se acreditó que es quien vela por su familia. De ahí que al sustraer al penado de dicho núcleo

familiar dicha circunstancia impide que la menor se forme sin que la labor del progenitor pueda remplazarse por la abuela y su hermana, dado que el procesado también vela por estas.

Por su parte los sujetos procesales no recurrentes guardaron silencio.

CONSIDERACIONES EN ORDEN A PROVEER

La competencia de la Sala se restringe en esta oportunidad, en atención al factor funcional y de acuerdo con lo señalado en los artículos 20 y 33.1 de la Ley 906 de 2004, a decidir sobre los pedimentos elevados por el recurrente, y aquellos aspectos que sean inescindibles al tema objeto de impugnación, así mismo, los atinentes a la garantía de los derechos fundamentales de las partes y demás sujetos procesales.

Huelga señalar además que en la presente actuación observa este cuerpo colegiado que concurren los presupuestos procesales y materiales para emitir pronunciamiento de fondo, sin que se avizore la presencia de irregularidades que puedan afectar la validez de lo actuado, a lo que se suma que no se puede agravar la situación del acusado como quiera que su defensa técnica actúa como único apelante, ello, en atención a la garantía consagrada en el inc. 2° del canon 31 de la Carta e inc. 2° del canon 20 del Estatuto Procedimental Penal.

Bajo este panorama cabe precisar que tras escuchar la exposición de los motivos por los que el impugnante sustenta el recurso de apelación es evidente que la censura gravita en torno al tema del reconocimiento del mecanismo previsto en el art. 314.5 de la ley 906/04, a saber, el descuento de la pena de prisión en la residencia del condenado que demuestre que ostenta la condición de padre o madre cabeza de familia, por lo que se procederá con el análisis de fondo de la temática así planteada por el inconforme, siendo este el límite para el pronunciamiento que realice la Sala al no advertir, tal como se dijo más arriba, la trasgresión de los derechos o garantías fundamentales de los sujetos procesales.

Al respecto vale iniciar el análisis de fondo de la cuestión problemática así planteada indicando que el prerrequisito básico para considerar la aplicación del mecanismo alternativo pretextado con base en la presunta condición de padre cabeza de familia, o de jefe del hogar, consiste en su previa y eficaz acreditación.

El siguiente es el marco legal y jurisprudencial que a nivel interno resulta relevante en la materia.

Artículo 1º de la Ley 750 de 2002, el cual señala:

“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.”

A su vez el concepto de lo que debe entenderse como mujer cabeza de familia es desarrollado por la Ley 82 de 1993 señalando el legislador:

“ARTICULO 2o. 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.**”

Normativa a su vez modificada por el artículo 1º de la Ley 1232 de 2008 de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 1o. El artículo [2o](#) de la Ley 82 de 1993 quedará así:

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.”

Ahora, sobre los elementos que integran el concepto de **madre cabeza de familia**, resulta imprescindible recordar lo dicho por la Corte Constitucional en sentencia SU-388 de 2005:

“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.

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”.

Es decir, que para alegar que se es madre o padre cabeza de familia, conforme a lo establecido en la ley 82/93 modificada por la ley 1232 de 2008, es menester probar que:

- a) *Se tiene bajo su cargo, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, psíquica o moral de cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.*
- b) *Se tiene bajo su cargo, económica o socialmente, en forma permanente, otras personas incapaces o incapacitadas para*

trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.

En el mismo sentido, en la Sentencia con radicado 35.943 del 22 de junio de 2011 la Corte Suprema de Justicia expuso que el aspirante a esta clase de mecanismo sustitutivo de la prisión en centro penitenciario debe cumplir a cabalidad con los supuestos, bien sea de la ley 750 de 2002, como los del artículo 38 del C. Penal. Modificado por el artículo 22 de la ley 1709 de 2014.

*Como lo enseña la normatividad transcrita y la jurisprudencia vista, al examinar el artículo 2° de la Ley 82 de 1993. Modificado por el artículo 1° de la Ley 1232 de 2008, se tiene entonces que para adquirir la protección reconocida en principio a la mujer cabeza de familia y que se ha hecho extensiva al padre cabeza de familia, se requiere no sólo tener a cargo al hijo menor en forma permanente, o a otro integrante de la familia que no pueda valerse por sí o trabajar; también la ausencia continua o la incapacidad de diverso tipo del otro cónyuge o compañero permanente, y estar privado de la: “ayuda de los demás miembros del núcleo familiar”; que subsista lo que la jurisprudencia denomina **insuficiencia sustancial**; o de otra forma dicho, ausencia, para el caso que nos convoca, de un núcleo familiar extenso que pueda asumir la tarea de protección de las personas a cargo del sentenciado que por sus especiales condiciones no pueden velar por su propia subsistencia y cuidado.*

*Es decir, que el estado de abandono o absoluta desprotección es una situación fáctica que por sus inminentes consecuencias negativas para dichos sujetos de especial protección constitucional, tal como se reseña en la Ley 82 de 1993, debe estar presente y demostrada para efectos de aquilatar la condición de padre o madre cabeza de familia, que se requiere como necesaria e ineludible con miras a acceder al mecanismo alternativo de la prisión domiciliaria en virtud de lo consagrado en la Ley 750 de 2002 y los artículos 314.5 de la Ley 906/04, además de lo dispuesto en el canon 461 *ibid*.*

Igualmente, debe advertir la Sala, tal como lo hace la Corte Constitucional, que los titulares del beneficio que implica el reconocimiento de la prisión domiciliaria realmente deben merecerlo, precaviendo de esta forma que dicha posibilidad

legal se utilice como estratagema para aminorar la drasticidad y el rigor de la reclusión en centro penitenciario, debiendo en todo caso partir el funcionario de lo que sea mejor para el niño, niña o adolescente, y de los adultos a cargo del sentenciado que no puedan velar por su propio cuidado y se encuentren imposibilitados para trabajar; tener como punto de referencia ese interés superior de estos individuos de especial protección constitucional que de otra manera quedarían en una delicada situación de desprotección que no puede permitir el Estado.

Pero, incluso yendo más allá, recogiendo el criterio según el cual bastaba con la demostración de la condición de madre o padre cabeza de familia para el reconocimiento del sustituto bajo escrutinio, la jurisprudencia especializada trazó una línea según la cual para la concesión del mecanismo alternativo de la prisión domiciliaria, aún a madres o padres cabeza de familia, se requiere del análisis de otros aspectos diferentes a la acreditación de la calidad de persona cabeza de hogar, reflexionando el alto tribunal como sigue: “Sin embargo, invocando la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como de esta Corporación, además se precisó que los derechos de los menores no son absolutos, de modo que para otorgar del instituto de la prisión domiciliaria es necesario evaluar otro tipo de factores, como el subjetivo.” (CSJ, SP AP del 20 de nov. 2013, Rad. 42385.)

En este orden, es necesario examinar, entre otros, la gravedad y modalidad del delito. La siguiente glosa extractada de un caso por el delito de tráfico de estupefacientes ilustra al respecto:

“Sin embargo, de manera acertada y a partir de antecedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional (CC, SU 388/05 y C-154/07) y de esta Corporación (CSJ SP, 22 jun. 2011, rad. 35943, 2 dic. 2008, rad. 30872; 10 mar. 2009, rad. 31381, 3 jun. 2009, rad. 29940; y 30 sep. 2009, rad. 30106), determinó la improcedencia de la concesión de la prisión domiciliaria, a partir de valorar la naturaleza del delito de tráfico de estupefacientes por el que se promovió la acción penal, las circunstancias modales en que fue realizado por la acusada, su arraigo social, laboral, sus condiciones personales y las condiciones de vulnerabilidad en que quedarían sus hijas menores de edad bajo su cuidado.”¹

¹ CSJ, SP. Auto del 26 de noviembre del 2014, Rad. AP7210-2014, 42577, M. P. Patricia Zalazar Cuéllar.

En términos más generales, en criterio del alto tribunal se precisa valorar, además de la condición de cabeza de familia, los antecedentes del procesado y la naturaleza de la conducta reprochada.

“Sin embargo, en punto de la recurrente reclamación consignada en la demanda, es del caso recordar que tratándose del instituto de la prisión domiciliaria por la condición de cabeza de familia, tiene dicho la Corte que no basta con la acreditación de esa calidad personal, haciéndose necesaria la valoración de los antecedentes del interesado y la naturaleza de la conducta objeto de condena, en tanto el juez se encuentra obligado a ponderar las razones concernientes al interés superior del menor frente a las atinentes con los fines de la ejecución de la pena, en aras de determinar si el mayor peso abstracto de uno de los principios en pugna se impone sobre el otro.

Al respecto, debe aclararse que esta Corporación sobre dicho asunto ha precisado:

Sea del caso señalar que, como lo reconoció la Sala en CSJ SP, 9 agos. 2015, rad. 45853, la comprensión jurisprudencial de las condiciones para acceder a la prisión domiciliaria (y también a la detención domiciliaria, se añade) ha variado en el tiempo. Así en CSJ SP, 26 jun. 2008, rad. 22.453, decisión reiterada en CSJ SP, 3 jun. 2009, la Corte consideró suficiente, a partir de la interpretación sistemática de lo dispuesto en la Ley 750 de 2002 y en 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 condena.

La Sala, sin embargo, recogió ese criterio en CSJ SP, 22 jun. 2011, rad. 35943, pronunciamiento en el cual sostuvo que el otorgamiento de la figura sólo procede ante la satisfacción concurrente de todas las condiciones previstas en la Ley 750 de 2002, 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.”²

Finalmente, huelga señalar que también desde el derecho internacional se encuentra justificada la separación familiar como consecuencia del actuar delictivo del agente y en virtud de providencia judicial, siendo apenas lógico que la situación de privación de la libertad del agente genere tristeza en sus seres

² CSJ, SP. Auto del 24 de mayo del 2018, Rad. AP2116-2018, 46936, M. P. Patricia Salazar Cuéllar.

queridos, particularmente en sus consanguíneos, más dicha circunstancia, per se, no torna en procedente la concesión del mecanismo alternativo pretextado en esta ocasión por su apoderado.

En este sentido la Sala de Casación Penal de la CSJ ha reconocido:

“Sin embargo, el letrado olvida que, tal separación de madre e hijos no es consecuencia de un acto injusto o arbitrario cometido por el Estado sino del actuar delincuenciales de su prohijada y que la división familiar respectiva, incluso, está justificada por el derecho internacional.

Repárese, en este punto que, según el censor se desconoció la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada al ordenamiento nacional mediante la Ley 12 de 1991. En especial, sostuvo que hubo «falta de aplicación» del preámbulo como de los artículos 9 y 12 de ese compendio internacional y alegó que se vició su estructura cuando se le negó a su procurada «el subrogado de prisión domiciliaria, con fundamento en la presunta vulneración de los derechos e intereses de los menores».

Pero, inadvirtió el libelista lo descrito por el mismo instrumento internacional, que a la letra dice:

Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra su voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. (...) Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento (...). (Subraya de la Sala).

(...)

Igualmente, el profesional del derecho inobservó que ninguno de los postulados rectores de la mentada Ley 1098 consagra la exótica regla creada por él, pues, a lo sumo, está regulado el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella, pero, esto siempre y cuando se garanticen las condiciones para la realización y el ejercicio del mismo (canon 22), como sucede en el caso de la especie, en el que los juzgadores determinaron que no era viable la concesión de la prisión domiciliaria a la acusada -tres veces condenada por el mismo reato-, justamente, en protección integral a los derechos de los niños que ella tenía bajo su custodia y cuidado.”³

Como lo enseña el anterior recuento legal y jurisprudencial, es claro que en primer lugar se debe acreditar la condición de cabeza de hogar, y en segundo

³ CSJ, SP. Auto del 24 de septiembre del 2014, Rad. AP5740-2014, 44080, M. P. Éyder Patiño Cabrera:

orden no se puede aspirar al reconocimiento del mecanismo sustitutivo a espaldas de las condiciones particulares del procesado y aquellas que rodean la vida y reales posibilidades de los menores de edad, las circunstancias que rodearon la comisión de la conducta punible su modalidad y gravedad; es decir, de ese aspecto subjetivo al que se refiere la jurisprudencia, debiendo insistir la Sala que en caso de una eventual separación familiar, específicamente entre los padres y sus hijos menores de edad, tal consecuencia negativa no sería el resultado de un acto arbitrario, caprichoso, o abusivo por parte de la administración de justicia, sino del comportamiento y actuar contrario al ordenamiento jurídico, concretamente frente a la normatividad penal desplegado por el agente, de manera que desde la legalidad, pero también desde la esfera de la legitimidad la división del núcleo familiar estaría plenamente justificada.

Aplicados entonces los derroteros vistos al concreto caso de FABÍAN ANDRÉS ARDILA MEDINA, surge evidente que no se acreditó cabalmente que en el caso de su hija menor de edad se cumpla con el requisito de la ausencia sustancial de otros individuos pertenecientes al grupo familiar extenso e incluso cercano que permita predicar que se encuentran en un estado tal de desprotección que indefectiblemente pueda catalogarse como absoluto, pero, además, tan precario que demande la concesión del mecanismo alternativo pretextado, como último y extremo recurso para salvaguardar finalmente los derechos de los sujetos de especial protección constitucional, y no como un mecanismo estratégicamente utilizado para sustraer sin justa causa al penado de los rigores ínsitos al descuento de la pena de prisión en centro de reclusión, lo que de suyo torna innecesario cualquier elucubración extra sobre el particular.

Particular este frente al que se dijo que la menor de edad cuenta con la abuela y una tía que hacen parte del grupo o núcleo familiar y así se acreditó mediante declaración jurada en la que la abuela de la joven HILARY y la menor VAA manifiesta que tiene 60 años y se encuentra a cargo de las mencionadas nietas de 19 y 15 años, respectivamente; las cuales estarían bajo su cuidado, destacando que la tía de estas no reside con el grupo. Y aunque en esta oportunidad la declarante sostiene que su hijo es quien vela económicamente por las jóvenes y que estas estudian, es patente que una de las descendientes del penado alcanzó la mayoría de edad, se trata de una mujer adulta, y, en suma, no se demostró que los integrantes de dicho grupo familiar no puedan

aunar esfuerzos y proteger a la menor de edad.

Incluso coincide la Sala con el análisis efectuado por la primera instancia, en virtud del cual se destaca que según las particulares condiciones de los jóvenes, en ciertos casos y cumpliendo con algunos requisitos de ley pueden estar autorizados para laborar, aunando esfuerzos con los demás miembros del grupo familiar para su sustento, manutención y subsistencia, según la valoración del Juez para cada evento, pues en aquellos como el que es objeto de análisis se tiene que la menor supera los 15 años y su hermana ya es una mujer adulta con 19 años.

Y aunque resulte imposible enumerar cuáles son las condiciones concretas en que el cuidado del menor se vería o no perjudicado por la decisión de separarlo de su madre o de su padre, estas se deben evaluar siempre a la luz del interés superior del menor, observando la Sala que en el sub examine no se vulnera dicha garantía constitucional.

En fin, que no logra demostrar la defensa del justiciable que la menor de edad en el específico caso aquí ventilado se encuentre en riesgo de abandono, desamparo e indefensión irremediable que amerite el otorgamiento del mecanismo alternativo a la prisión en centro de reclusión, pues en todo caso emerge palmario la existencia de la abuela de 60 años, señora Luz Myriam Muñetón Pérez, quien aduce tener bajo su cuidado y protección a las hijas del condenado, y la tía Hilary Ardila Arroyave, quien hace parte del núcleo familiar y no se demostró que se encontrara en situación de discapacidad que le impidiera el cumplimiento de sus deberes como familia, ocuparse del cuidado, crianza y sostenimiento económico de la menor VAA efectivamente mientras el procesado se encuentra en el establecimiento penitenciario, en lo que nuevamente nos encontramos de acuerdo con la estimativa jurídica por parte de la primera instancia.

Cabe recordarle igualmente en este punto al censor aquello del art. 177 del C.P.C. según el cual: “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho que las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen...” De otra forma dicho, que para la concesión de mecanismos alternativos como el aquí estudiado no basta con que se acredite la sola paternidad desde el punto de vista biológico, aspecto este frente al que no se elevan reparos ya que se

encuentra plenamente acreditado dentro de la foliatura.

Alegando además en audiencia del art. 447 del C.P.P el letrado que su prohijado habría sido objeto de desplazamiento intraurbano, además de resultar lesionado con arma de fuego en uno de sus ojos, lo que según las reflexiones jurisprudenciales traídas a colación no tiene que ver con los requisitos exigidos para el reconocimiento del mecanismo alternativo.

Adicionalmente y no menos importante y decisivo, debe quedar claro que tampoco puede pasar inadvertido para la Sala que en el sub iudice opera la expresa prohibición legal por cuanto el delito por el que se emitió condena en contra del procesado se encuentran enlistados en el inc. 2º del art. 68A del C. Penal, que prohíbe conceder este tipo de mecanismo, entre otros, a quienes incurran en el delito de concierto para delinquir agravado, por lo que no es posible aplicar una hermenéutica jurídica eximente de la expresa prohibición legal para conceder el mecanismo consagrado en el art. 314.5 de la ley 906/04, obviando la literalidad de la prohibición contenida en el aludido dispositivo normativo, en el que se observa que el legislador fue cuidadoso al excluir a los autores de ciertos delitos de ser beneficiarios de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, entendiéndose esta Magistratura que, al establecer tal precisión, pretendió que el operador jurídico respetara su tenor literal.

Al respecto vale significar que el creador de la Ley 1709 de 2014, al regular las prohibiciones, trató de ser claro y obvio, incluso fue tanta la especificidad al redactar el mencionado dispositivo, que se tomó el trabajo de enlistar un grupo de conductas punibles por considerarlas de extrema gravedad para la vida en sociedad, y en todo caso no se argumentó ni demostró lo pertinente en orden a entender cumplidos los requisitos para materializar la posibilidad de que trata el art. 314.5 de la ley 906/04.

Asimismo, debe insistir la Sala en que tal como lo hace la Corte Constitucional, los titulares del derecho a la prisión domiciliaria realmente deben merecerlo, precaviendo de esta forma que se utilicen estratagemas para acceder al mecanismo con miras a evadir los rigores inherentes al descuento de pena en centro de reclusión, debiéndose en todo caso partir de qué es lo mejor en cada situación particular para el niño, niña o adolescente, o personas adultas que estando bajo el cuidado del condenado no puedan valerse por sí mismas y que

en últimas se encuentren imposibilitados para trabajar, evidenciando una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del grupo familiar y demás posibilidades reales de subsistencia y cuidado, teniendo siempre como norte el interés superior de estos individuos de especial protección constitucional, aunado al necesario análisis de las reales circunstancias que rodean el caso y que efectivamente estas personas dependan por todo y para todo, sin excepciones, del condenado, ni el auxilio de otros integrantes de la familia cercana o extensa.

De esta forma, se insiste, no puede convertirse la prisión domiciliaria que se concede con base en la condición de jefe de hogar, en una medida manipulada estratégicamente en provecho de la madre o padre condenado que de esta manera logra cumplir la privación de la libertad en su lugar de residencia, alegando como fachada el interés superior de los sujetos de especial protección constitucional para evadir los rigores inherentes a la reclusión en centro penitenciario.

Concluyendo el colegiado que: “el otorgamiento de la figura sólo procede ante la satisfacción concurrente de todas las condiciones previstas en la Ley 750 de 2002, 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.”⁴

Conforme a los derroteros vistos, es menester señalar que en términos generales en nuestro criterio la evaluación del concreto caso para el reconocimiento del mecanismo alternativo de que trata el artículo 314, numeral 5° del Estatuto Procedimental Penal arroja un resultado negativo, por lo que se procederá en consecuencia a confirmar en su integridad el proveído impugnado por la defensa del condenado FABIO ANDRÉS ARDILA MEDINA, pues, además, las razones expuestas por su representante no encuentran eco en esta Sala de Decisión Penal.

⁴ CSJ, SP. Auto del 24 de mayo del 2018, Rad. AP2116-2018, 46936, M. P. Patricia Salazar Cuéllar.

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,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia apelada en el caso del rubro, acorde a los motivos analizados en la parte considerativa de este proveído.

SEGUNDO: Contra esta decisión procede el recurso de casación, el cual debe interponerse dentro del término común de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de la misma.

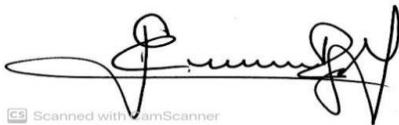
TERCERO. Esta sentencia queda notificada en estrados.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los Magistrados⁵,



CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO


Scanned with CamScanner

LUÍS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ


JOSE IGNACIO SANCHEZ CALLE
Magistrado

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE

⁵ El presente proveído se suscribe de conformidad con lo previsto en el art. 11 del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, por cuya virtud se autoriza la “firma autógrafa mecánica, digitalizadas o escaneadas”.