



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellín

SALA PENAL

Radicado: 05001-60-00-206-2019-21782
Procesado: Yerson Wilfer Giraldo Rojas
Delito: Receptación
Asunto: Apelación sentencia condenatoria con
preacuerdo-domiciliaria padre cabeza
de familia
M. Ponente: Miguel Humberto Jaime Contreras

Aprobado por Acta No. 26

Medellín, trece (13) de marzo de dos mil veinte (2020)

1. VISTOS

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la defensa del señor *Yerson Wilfer Giraldo Rojas* en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 1° Penal del Circuito de Itagüí, el 16 de diciembre de 2019, que por la vía de preacuerdo lo condenó como responsable de la conducta punible de receptación, a la vez que le negó la sustitución de la prisión intramuros por la domiciliaria solicitada como padre cabeza de familia.

2. EL HECHO

Fue resumido en la sentencia de primera instancia en los siguientes términos:

“El 6 de septiembre de 2019, a las 18:00 horas aproximadamente, en la calle 97A con carrera 51, Barrio Santa Cruz del Municipio de Medellín, YERSON WILFER GIRALDO ROJAS fue sorprendido, en compañía de otro sujeto, cuando tenía en su poder, dentro del baúl del vehículo marca Chevrolet Sall de placas HYT 244, unas cajas de cigarrillos de varias marcas que le habían sido hurtados hacia

aproximadamente una hora, en la carrera 56 con calle 46 A, barrio el Rosario de Itagüí, a Sandra Marcela Morales Quintero, vendedora de la empresa Coltabaco”

3. LAS RAZONES DEL SENTENCIADOR

Como la resolución de la apelación no impone ingresar en otros temas diferentes al recurrido, sólo reseñamos de la sentencia lo que guarda relación con lo que fue objeto de censura. En lo restante, se entenderá incorporada la decisión de primera instancia a este fallo, pues se conserva su carácter condenatorio y se avala lo allí resuelto que no fue objeto de impugnación.

En virtud del preacuerdo celebrado con la Fiscalía, el juez de primer grado condenó a Yerson Wilfer Giraldo Rojas como cómplice del delito de receptación a la pena de 3 años de prisión y multa de 3.5 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Como pena accesoria le impuso la inhabilidad de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena principal.

El juez de conocimiento no concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni la prisión domiciliaria, al considerar que no se reunían los requisitos objetivos para su procedencia establecidos en los artículos 63 y 38 B del Código Penal, respectivamente, ya que el artículo 68 A de la misma codificación excluye su concesión para un listado de delitos, entre los que se encuentra el delito de receptación, por el que resultó condenado el justiciable.

Denegó, igualmente, la pretensión de la defensa de considerar al procesado como padre cabeza de familia y en consecuencia, que se le concediera la prisión domiciliaria, por cuanto juzgó que no aparece probada dicha calidad, conforme a lo descrito en el artículo primero de la Ley 1232 del 1 de julio de 2008 y la sentencia C-184 de 2013,

como quiera que cuenta con la ayuda de otros miembros del grupo familiar para el cuidado de su hijo (Rad 27064 del 13 de junio de 2007 y 46277 del 31 de mayo de 2017, entre otros).

Argumentó el juez que aunque no existe duda que el sentenciado es padre de un joven estudiante de 14 años, en el momento permanece al cuidado de su madre —Paula Andrea Ramírez Orrego— quien pese a sufrir, hace 22 años, un TEC por herida con proyectil de arma de fuego, que le produce un trastorno de nervio facial no especificado e hipoacusia no especificada, su discapacidad laboral es tan solo del 45.8%, por lo cual *“no supera el 50%, y en términos legales no sería una persona discapacitada o incapacitada porque no hay una declaración judicial que así lo indique”*, sin que aparezca demostrado que no pueda realizar ningún tipo de trabajo, a la vez que el menor y la cónyuge del procesado cuentan con la ayuda de la madre de esta última, como miembro del grupo familiar, circunstancia que impide que el justiciable adquiera la calidad de padre cabeza de familia.

Entonces, como el juzgador entiende que no basta ser el proveedor económico para ser padre cabeza de familia, sino que se requiere ser quien solo asuma el cuidado integral del menor, concluye que no reúne el sentenciado las condiciones para acceder a la sustitución de la reclusión carcelaria pretendida.

3. LA SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

El defensor únicamente censura de la sentencia de primera instancia que no se le haya concedido a su asistido la sustitución de la prisión intramuros por la domiciliaria, pese a que sería padre cabeza de familia.

Arguye que, con la historia clínica anexa, se demostró que la madre del menor, la señora Paula Andrea, quien tiene 42 años, padece una incapacidad permanente que le impide valerse por sí misma, de modo que con su presencia en el hogar no puede considerarse que existan otras personas que pueden asumir el cuidado del menor, sin considerar que tanto ella como el hijo del procesado, dependen económicamente de éste.

Aduce la defensa que puede disponerse un modo de ejecución de la pena menos invasivo que la reclusión carcelaria, para no separar al procesado de su familia, cuyo eje central del hogar es él.

Le causa además extrañeza al recurrente que el juez de manera desconsiderada asegure que se requería más del 50% de incapacidad laboral en la madre del menor para que se entienda que está afectada en las funciones de su cuerpo.

Alega el apelante que el juez desconoce que la madre de crianza de la cónyuge del sentenciado y abuela del menor, no está en condiciones de asumir el cuidado de personas en especiales condiciones de protección, y habría omitido conocer la edad y las afecciones de salud de ella, por lo que incluso el penado también debía hacerse cargo de sus gastos médicos y económicos. Aunque dijo aportar historia clínica no se ve anexa al expediente.

Con base en lo expuesto, solicita la revocatoria de la decisión de primera instancia en el punto en cuestión, para que, en su lugar, le sea concedido a su representando la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia.

5. LAS CONSIDERACIONES

Como la Sala no observa motivo de nulidad de la actuación procesal, ni irregularidades sustanciales que hagan necesaria la

intervención oficiosa en sede de segunda instancia, nos limitaremos a ingresar en el examen de lo impugnado que se contrae a determinar si procede sustituir la reclusión carcelaria por la domiciliaria al procesado, *Yerson Wilfer Giraldo Rojas*, por ser padre cabeza de familia.

Examinado el punto en discusión, concluye la Sala que debe confirmarse la decisión recurrida puesto que se encuentra ajustada a derecho. En efecto, para conceder la prisión domiciliaria como madre cabeza de familia lo primero que debe establecerse de modo fehaciente es que el sentenciado, en este caso, *Yerson Wilfer Giraldo Rojas* tiene dicha condición, según los términos y presupuestos de ley.

El legislador se ocupó de definir el concepto *madre cabeza de familia* en el artículo 2° de la ley 82 de 1993 y en el artículo 1° de la Ley 1232 de 2008, que mutando lo que deba ser cambiado, informa también el concepto de padre cabeza de familia. Según lo regulado, para adquirir dicha condición se requiere no sólo tener a cargo hijo menor en forma permanente, sino también la ausencia continua o la incapacidad de diverso tipo del otro cónyuge o compañero permanente o la “deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar” (subrayas de la Sala).

Con los elementos de conocimiento aportados por la defensa en la audiencia del artículo 447 de la ley 906 de 2004, se establece ciertamente que el procesado tiene un hijo menor de edad, de nombre Juan Daniel, de aproximadamente 15 años de edad, procreado con la Sra. Paula Andrea Ramírez, de quien se dice presenta problemas de salud que implica merma en su capacidad, sin embargo, no logra establecerse que la incapacidad laboral

mencionada, en la actualidad le impidan prestar una ayuda sustancial en la atención integral del menor de edad.

En efecto, si bien en la historia clínica de la misma se da cuenta en el año 2016 de secuelas de traumatismo intracraneal de mayor significación, lo cierto es que en el último reporte que obra de su situación médica, como es el certificado de discapacidad de Savia Salud, en el que se hace referencia a un porcentaje de 45.80%, solo se alude al padecimiento de un trastorno del nervio facial e hipoacusia, que aunque no están especificados, no permiten establecer su real situación de desvalida para prestar el cuidado debido a su hijo.

Igualmente, aunque debe advertirse que las declaraciones extra juicio carecen de la debida contradicción para ser tenidas como valorables, además de que en general no informan de la razón del dicho, en una de ellas se da cuenta de que se ocupa como ama de casa, lo que contraría la tesis principal de la defensa consistente en que su incapacidad le impide hacerse cargo del menor.

El objeto de demostración no es la incapacidad laboral de una persona, aunque ciertamente esto pueda incidir, sino en determinar si otros miembros de la familia pueden asumir los cuidados que demanda la crianza del menor, lo que no fue establecido para aseverar la imposibilidad de la madre de hacerlo.

En el mismo sentido, la calidad de padre cabeza de familia no se satisface con ser el proveedor exclusivo de los recursos económicos que permiten la subsistencia de la familia, pues como bien lo expuso la primera instancia, se trata de asumir el cuidado integral del menor, en el que aunque cuenta lo económico, no puede siquiera estimarse que sea lo esencial.

Igualmente, se sabe que se cuenta con el apoyo de la suegra y abuela del menor y aunque ciertamente, se desconoce en qué condiciones de salud se encuentra, el punto es que no se estableció que no estuviera en condiciones de asumir o contribuir en el cuidado y la asistencia del menor.

Como ya se había advertido, pese a que la defensa anunció que anexaba historia clínica de ella, lo cierto es que no obra en la actuación y aunque así fuera, la sustentación del recurso de apelación no es oportunidad legal para adosar pruebas pues ello implicaría que se le diera valor sin contradicción y sin que fuera objeto de valoración en la primera instancia. El recurso de apelación está establecido para examinar la corrección y validez de lo decidido con lo obrante cuando se tomó la decisión; no para enmendar la ausencia de alegación o demostración exhibida en esa sede.

Se duele el apelante que el juez no indagara al respecto; pero ello desconoce que le corresponde a la defensa la carga de la prueba de la demostración de la calidad de padre cabeza de familia, pues es la parte interesada en la aplicación de la sustitución carcelaria que genera esta condición, por lo que su ausencia impide que pueda considerarse que sea procedente la sustitución pretendida.

Desde luego que las alegaciones efectuadas por la defensa concernientes a las dificultades de la reclusión carcelaria, la humanización del trato y en general motivos de conveniencia, no autorizan a la Sala a prescindir de las exigencias que hace la ley para sustituir la reclusión carcelaria por la domiciliaria. Como tampoco cambian la precariedad del panorama probatorio señalado, causa por la cual procede confirmar la decisión de primera instancia, porque no se demostró la ausencia de ayuda sustancial de otros miembros del grupo familiar y la consecuente desprotección de la

menor. Por ende, lo aquí decidido no será óbice para que este tema sea replanteado, de considerarse del caso, nuevamente ante el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

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

RESUELVE

Confirmar la sentencia recurrida del 16 de diciembre de 2019, obra del Juzgado 1° Penal del Circuito de Itagüí, en lo que concierne al aspecto apelado, esto es, la negativa de la prisión domiciliaria como Padre cabeza de familia respecto de Yerson Wilfer Giraldo Rojas.

Esta providencia queda notificada en estrado y contra ella procede el recurso de casación el que se podrá interponer dentro de los cinco (5) días siguientes, luego de lo cual se deberá presentar la respectiva demanda ante este Tribunal dentro del término común de treinta (30) días.


MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS
MAGISTRADO


PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN
MAGISTRADO


MARITZA DEL SOCORRO ORTIZ CASTRO
MAGISTRADA