



SALA PENAL

Medellín, miércoles veinticinco (25) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Aprobado en la fecha, acta Nro. 76

Sentencia de segunda instancia Nro. 19

Radicado: 05-001-60-00206-2021-04797

Acusado: Jhon Alejandro Castaño Mejía

Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

Magistrado ponente: César Augusto Rengifo Cuello

Lectura: viernes 27 de mayo de 2022. Hora: 08:10 a.m.

Decide la Sala el recurso de apelación presentado por la defensa de JHON ALEJANDRO CASTAÑO MEJÍA, contra la sentencia de condena proferida por el Juez Cuarto Penal del Circuito de Medellín el 29 de abril de 2022 en contra del prenombrado acusado, quien aceptó los cargos vía preacuerdo, siendo motivo de inconformidad para la defensa la negativa de reconocerle a su patrocinado el mecanismo sustitutivo consagrado en el art. 314.5 de la ley 906/04, por ser padre o madre cabeza de familia.

EPÍTOME FÁCTICO

El sustrato fáctico ventilado en este caso se contrae a la captura en flagrancia del aquí enjuiciado, llevada a cabo por uniformados de la Policía Nacional el 11 de marzo de 2021, aproximadamente a las 10:00 horas, sobre la Calle 75A con Carrera 85B, barrio Bello Horizonte de la ciudad de Medellín, en poder de un bolso negro encontrándole dos bolsas negras transparentes que contenían trescientos 360 cigarrillos contentivos de una sustancia verde vegetal con características similares a la marihuana y en otra bolsa negra, a su vez tres

bolsas transparentes herméticas que contenían una sustancia con características similares a la marihuana sin empacar.

De acuerdo a la prueba de P.I.P.H., la sustancia identificada como muestra uno arrojó resultados positivos para marihuana y sus derivados, con un peso neto de mil cuatrocientos ochenta y ocho punto tres gramos; mientras que aquella identificada como muestra 2 con un peso neto de ochocientos veinticinco punto un (825.1) gramos para la misma sustancia vegetal.

1. ACTUACIÓN PROCESAL

1. En marcha el ejercicio de la acción penal en contra de JHON ALEJANDRO CASTAÑO MEJÍA, el 12 de marzo de 2021 ante el juez Veinticuatro Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín se legalizó su captura y se le imputó el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, verbo rector llevar consigo con fines de distribución o venta, y según las previsiones del inc. 3° del art. 376 del C. Penal, sin allanamiento a cargos y con imposición de medida de aseguramiento de detención en la residencia del imputado.

2. Por su parte la Fiscalía radicó escrito de acusación signado el 11 de mayo de 2021, sin variaciones a la imputación jurídica y fáctica, cuyo conocimiento le correspondió por reparto al Juez Cuarto Penal del Circuito de Medellín, a quien le correspondió en consecuencia la dirección del proceso en la etapa de juicio avalando el preacuerdo al que llegaron las parte, y que le fuera puesto a su consideración previo al juicio propiamente dicho.

3. Los términos del consenso consistieron en la aceptación de los cargos en calidad de cómplice como única contraprestación para efectos exclusivamente punitivos, pactando una pena final de 6 años de prisión y una sanción pecuniaria de 62 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

4. Aprobado el preacuerdo, se agotaron las previsiones del art. 447 de la ley 906/04 para la individualización de la pena y sentencia, y se emitió fallo en los términos pactados y avalados por la judicatura.

5. Finalmente la lectura de la sentencia condenatoria se lleva a cabo el 29 de abril del 2022, decidiendo el a quo frente a lo que nos convoca que el sentenciado no tenía derecho a la prisión domiciliaria de que trata el art. 314.5 del Estatuto Procedimental Penal, por ser padre o cabeza de familia.

6. La anterior decisión dejó inconforme a la defensa técnica del condenado, interponiendo el letrado el recurso vertical de apelación, específicamente para atacar la negativa del juez singular de no concederle a su patrocinado el mecanismo sustitutivo en comento.

7. Sustentada en debida forma y en el término legal la alzada se apresta esta Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín a resolver el recurso de ley.

LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

Agotado el respectivo control de legalidad de la actuación, y una vez verificada la existencia de un mínimo de prueba para condenar y aprobado los términos del preacuerdo y lo que hace a la manifestación de voluntad del procesado, señala el funcionario para lo que nos interesa una vez analizado lo que hace a la consagración legal, requisitos, y el tratamiento jurisprudencial de la figura reclamada a favor del condenado, que en el caso de la especie se ordenó realizar un estudio socio familiar a través de la Comisaría de Familia del barrio Robledo de la ciudad de Medellín, allegando dicha dependencia informe de visita domiciliaria - trabajo social, en el que se precisó que se trata de una familia monoparental conformada por dicho varón de 32 años, bachiller, el cual se ocupa en oficios varios y mecánica de motos, y su madre de 72 años, analfabeta y ama de casa, quien dio a conocer que tuvo seis hijos, cuatro mujeres y dos hombres, uno de los cuales fue asesinado.

En relación con las féminas, aseguró la matrona que tienen sus propias familias y solo una le colabora económicamente con \$97.000 mensuales, la llaman de cuando en vez, más no la visitan, colocando de presente que padece de mareos, artrosis, gastritis, asma, entre otros, y que cuando a tenido que recibir atención por urgencias se ha visto en la necesidad de recurrir a sus vecinos, agregando que su hijo es quien está pendiente del horario para que tome sus

medicamentos, sufre de problemas de audición y anemia, y que mientras su hijo estuvo en la cárcel sobrevivió gracias a la solidaridad de sus vecinos, pero cuando salió viven de lo que este gana en su trabajo, le solicita las citas médicas por internet pues ella no sabe leer ni escribir, y cuando tiene que reclamar medicamentos cerca va sola y si es lejos de su casa una vecina la acompaña, destacando que solo ha tenido apoyo moral, económico y físico por parte del enjuiciado.

Por su parte el condenado dio a conocer que los ingresos de su casa se derivan de su trabajo como mecánico de motos, ganando de \$30.000 a \$50.000 diarios cuando hay clientes, pues cuando estos no llegan pide dinero prestado a los vecinos, añadiendo que su madre recibe un subsidio como adulto mayor de \$80.000 que utilizan para pagar los servicios públicos.

Con base entonces en el material suasorio adosado y el estudio socio familiar, estima el funcionario que no se demuestra a cabalidad la condición de padre cabeza de familia del procesado, pues pese a la edad de su progenitora y las falencias de salud que la aquejan, esta cuenta con mas hijos y vivienda, quienes por ley se encuentran llamados a auxiliar a su consanguínea, aunado a que se pudo establecer que la dama se encuentra afiliada al sistema de seguridad social en salud y es beneficiaria del programa del adulto mayor, por lo que se colige que no es el acusado en quien recae de forma exclusiva el deber de atención, cuidado y socorro que su madre demanda o llegue a demandar, lo que se traduce en que no se evidencia la deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia como lo demanda la normativa bajo análisis.

DE LA IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA

Estima el censor que con independencia del número de hijos que tuvo la madre de su apadrinado, en estos momentos el aquí sub iudice se encuentra a cargo de la manutención del hogar que forma con su progenitora, refiriendo que no se puede realizar una interpretación tan restrictiva como la del a quo cuando lo que se pretende es la protección de una persona de la tercera edad que necesita cuidados especiales, y la única persona en capacidad de hacerlo es el condenado, pues las hijas de la mujer no pueden hacerse cargo de la anciana ni económica ni emocionalmente, máxime que el mencionado cuidador no

registra antecedentes penales y no ha sido capturado violando la medida de aseguramiento impuesta, aspectos que estima deben valorarse para determinar la procedencia del mecanismo reclamado y que esta persona no quede en total desprotección.

Para terminar de exponer sus argumentos, el togado solicita que no se tenga en cuenta la expresa prohibición del art. 68A del C. Penal para este concreto caso.

CONSIDERACIONES EN ORDEN A PROVEER

En esta oportunidad debe señalar la Sala que en razón a que la sentencia apelada fue emitida por el Juez Cuarto Penal del Circuito de Medellín, adscrito precisamente al Distrito Judicial de Medellín, de conformidad con lo señalado en los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906 de 2004, le asiste competencia a este colegiado para conocer el asunto sometido a estudio y decidir sobre el pedimento elevado por el recurrente, así como los que surjan inescindibles al tema objeto de impugnación, habida cuenta que estamos en un sistema con características de justicia rogada.

Huelga significar igualmente, que en virtud del principio de limitación y no reformatio in peius, art. 31 de la Carta Política y 20 de ley 906/04, respectivamente, no se puede agravar la situación del acusado por cuanto su defensa actúa como único apelante. Por otra parte, que en la presente actuación 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.

Bajo este panorama, cabe precisar que tras escuchar la exposición de los motivos por los que el impugnante sustenta el recurso de apelación, advierte la Sala que los argumentos de la letrada gravitan 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 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 así planteada indicando que el prerrequisito básico para considerar la aplicación del beneficio pretendido con base en la condición de madre o 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.”

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 de 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 extendido 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, debiéndose en todo caso partir 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.

Sin embargo, 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 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: “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.

“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.

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

Así lo ha reconocido la Sala de Casación Penal de la CSJ.

“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).

De acuerdo con ese estatuto supranacional, cada Estado Parte debe adelantar su propia investigación para garantizar que los menores no sean desfavorecidos con la sanción restrictiva de la libertad impuesta a los infractores penales que son padres, tal como sucedió en el presente evento, en donde las autoridades judiciales establecieron que era más perjudicial para los niños que su madre estuviera con ellos, que ejecutando la pena de prisión impuesta en establecimiento carcelario, precisamente, por la situación de peligro inminente a la que los venía exponiendo.

Por tanto, aunque en esas mismas normas citadas por el abogado -supuestamente inaplicadas, aplicadas y a la vez mal interpretadas de acuerdo con su criterio-, se prevé la concesión de la prisión domiciliaria, es lo cierto que el referido tratado admite la separación de los padres y sus hijos menores cuando ella sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño (artículo 9.4).

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 orden no se puede aspirar al reconocimiento del mecanismo sustitutivo a espaldas de las condiciones particulares del procesado, 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, o como ocurre en el caso del rubro, entre el hijo y la madre del condenado, 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 en precedencia al concreto caso de JHON ALEJANDRO CASTAÑO MEJÍA, surge evidente que no se acreditó que cumpla con el requisito de la ausencia sustancial de otros individuos pertenecientes al grupo familiar extenso e incluso cercano que lleve a predicar que la madre del condenado se encuentre en un estado tal de desprotección que indefectiblemente pueda catalogarse como absoluta y tan precario que demande la concesión del mecanismo alternativo, como último y extremo recurso para salvaguardar finalmente los derechos del mencionado sujeto de especial protección constitucional.

Lo anterior, por cuanto al descender en las circunstancias que rodean el caso bajo escrutinio, no puede pasar inadvertido que si bien la madre del acusado

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

cuenta con 72 años de edad y por ende se ubica en el rango de los adultos mayores, quedó claro que se encuentra afiliada al sistema general de seguridad social, pero, además, es beneficiaria del programa de adultos mayores del cual recibe una ayuda económica, a la que se suma la que le suministraría una de sus hijas, sin que lo anterior sea excusa para que esta y las demás no asuman el cuidado económico, físico y emocional que por ley le deben su progenitora, aunado que el cuadro de dificultades fisiológicas que se observa en la dama se explica como consecuencia natural de su rango etario sin evidencias de una gran complejidad, y finalmente se tiene que situaciones como la separación de un ser querido como consecuencia de las sanciones penales que este deba afrontar por el compromiso y comportamiento criminal de su prole se encuentran plenamente justificadas por más dolorosas que sean de asumir para su círculo cercano.

Lo ante dicho, aunado a la actividad delictiva por la que se le condenó a CASTAÑO MEJÍA, para lo cual no tuvo reparos en las condiciones de vida de su madre y la sería posibilidad que se cernía sobre él de ser descubierto y judicializado como en efecto sucedió, nos permite inferir sin mayor dificultad que por muy doloroso que sea para esta la separación de su único hijo varón, la mujer cuenta con otros miembros de su familia que deben sumar esfuerzos para no dejarla desprotegida.

En definitiva, observa la Sala que personas diferentes en todo caso al aquí sentenciado eventualmente podrían asumir la función de protección de la madre del acusado, no solo desde el punto de vista económico, sino afectivo, emocional y físico, lo que de suyo descarta la pretendida precariedad de su situación.

Estima en consecuencia esta Sala de Decisión Penal que el descuento de la pena de prisión en centro penitenciario, no deja en absoluto abandono y desprotección a la madre del acusado y aunque se alegue que el reconocimiento del beneficio se realiza en últimas para favorecer a esta mujer, todo apunta a que en realidad se pretende beneficiar al aquí sentenciado para evadir los rigores propios del descuento de la pena privativa de la libertad de locomoción en centro de reclusión, lo que no puede permitir la judicatura por cuanto el mecanismo alternativo de la prisión domiciliaria se ha consagrado, se

insiste, para la protección del menor y adultos que se encuentren en estados de extrema desprotección y no como gracia para favorecer al condenado, o para aminorar los rigores, la tristeza y lo fuerte que pueda ser para cada individuo el ver a su ser querido tras las rejas como resultado de su comportamiento contrario a derecho y el quebrantamiento de las normas que disciplinan y hacen posible la vida en sociedad, y para el penado el verse privado de la libertad lejos de sus seres queridos.

En síntesis, la Sala no advierte que la madre del penado se encuentre en una situación o estado tal de cosas que inequívocamente indique que el aquí sub iudice sea el único integrante del grupo familiar que pueda velar por su seguridad, protección, cuidados económicos y afectivos. En palabras del alto tribunal y tal como lo destaca la primera instancia no se observa: "... una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar...".

Adicionalmente y no menos importante y decisivo, no puede pasar inadvertido para la Sala como lo pretende el censor 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 delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes por lo que para esta Sala 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 del C. Penal, en el que se observa que el legislador fue cuidadoso al excluir a ciertos delitos, entendiendo la Sala 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 este dispositivo, que se tomó el trabajo de enlistar un grupo de conductas punibles por considerarlas conductas de extrema gravedad para nuestra sociedad.

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 sustitutivo 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, en casos de hijos menores de edad, 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, teniendo siempre como norte el interés superior de estos individuos de especial protección constitucional, aunado al necesario análisis de las efectivas circunstancias que rodean el caso y que realmente dependan por todo y para todo del sentenciado, sin excepciones 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.

Aunado a lo anterior, tal como se expuso en cuartillas anteriores de esta decisión y con apoyo en la jurisprudencia especializada, frente al instituto de la prisión domiciliaria por la condición de madre o padre cabeza de familia, además de la demostración de dicha condición personal del agente, esto es, de la jefatura del hogar, es menester analizar en cada caso los antecedentes del procesado y la naturaleza de la conducta reprochada, de lo cual ya expuso algo párrafos más arriba, mediante un ejercicio de ponderación de 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."

Y es que en criterio que se impuso al interior del cuerpo colegiado, no basta con la simple demostración de aquella, concluyendo 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 puede decir esta Sala que la evaluación del cumplimiento de la totalidad de los requisitos exigidos para el reconocimiento del mecanismo alternativo arroja un resultado negativo en el concreto caso aquí ventilado.

En conclusión, este cuerpo colegiado considera atinado que no se conceda al sentenciado JHON ALEJANDRO CASTAÑO MEJÍA el mecanismo alternativo de la prisión domiciliaria, en tanto no se encuentran demostrados los requisitos para acceder al mismo bajo la supuesta condición de padre cabeza de familia o jefe de hogar, o que la madre del condenado no cuenta con otros medios de subsistencia y con una red de apoyo por parte de otros familiares así sea de su grupo extenso, ni se pueda obviar o excepcionar las expresas prohibiciones en la materia que resultan aplicables en este tipo de situaciones, siendo estas suficientes y potísimas razones para confirmar en su integridad el proveído impugnado por la defensa del condenado.

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 condenatoria de primera instancia proferida por el Juez Cuarto Penal del Circuito de Medellín en el caso del rubro, acorde a los motivos analizados en la parte considerativa de este proveído.

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

Magistrado Ponente: César Augusto Rengifo Cuello
Radicación: 05-001-60-00206-2021-04797
Acusado: Jhon Alejandro Castaño Mejía
Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

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.*

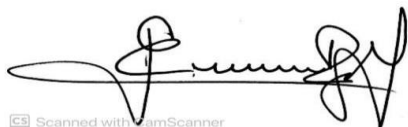
TERCERO. *Esta sentencia queda notificada en estrados.*

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”.