



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. 20

Radicado: 05-001-60-00206-2021-17581

Acusado: Darío García Rivera

Delito: Tráfico, fabricación, porte, tenencia, armas de fuego, accesorios o municiones

Magistrado ponente: César Augusto Rengifo Cuello

Lectura: viernes 27 de mayo de 2022. Hora: 08:30 a.m.

Decide la Sala el recurso de apelación presentado por la defensa de DARÍO GARCÍA RIVERA, contra la sentencia de condena proferida por el Juez Veinte Penal del Circuito de Medellín el once de marzo de 2022 en contra del prenombrado acusado, quien aceptó los cargos vía preacuerdo, siendo motivo de inconformidad la negativa de reconocerle el mecanismo sustitutivo consagrado en el art. 314.5 de la ley 906/04, alegado bajo la presunta condición de padre cabeza de familia.

EPÍTOME FÁCTICO

El sustrato fáctico ventilado en este caso se contrae a la captura del acusado por miembros de la Policía Nacional que cumplían labores de vigilancia el día 28 de octubre de 2021, siendo las 19:35 horas a la altura de la calle 30C con calle 89A, barrio Belén Las Violetas de Medellín, en poder de un arma tipo revolver Smith Wesson Springfield con empuñadura de madera en vuelta en cinta color negra, pavonado con número de serial externo H133563, número de

*Magistrado Ponente: César Augusto Rengifo Cuello
Radicación: 05-001-60-00206-2021-17581
Acusado: Darío García Rivera
Delito: Tráfico, fabricación, porte o tenencia de armas
de fuego, partes o municiones*

serial interno 91230 con seis cartuchos INDUMIL calibre 7.65 MM sin percutir, y sin documentación que autorizara el porte de dichos elementos.

Sometida al respectivo examen técnico, el experto en balística concluyó que el arma era apta para producir disparos, y en cuanto a los proyectiles, igualmente resultaron ser aptos para ser utilizados en armas de fuego del mismo calibre.

1. ACTUACIÓN PROCESAL

1. En marcha el ejercicio de la acción penal en contra de DARÍO GARCIA RIVERA, el 9 de octubre de 2021 ante el Juez Cuarenta y Dos Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín se legalizó su captura y se le imputó a título de autor doloso el delito de tráfico, fabricación, porte o tenencia de armas de fuego, partes o accesorios previsto en el inc. 1° del art. 365 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 9 de diciembre de 2021, sin variaciones a la imputación jurídica y fáctica, cuyo conocimiento le correspondió por reparto al Juez Veinte Penal del Circuito de Medellín, a quien en consecuencia le correspondió la dirección del proceso en la etapa de juicio avalando el preacuerdo al que se llegó en este concreto caso, previo a la realización de la audiencia preparatoria del juicio oral.

3. Los términos del consenso consistieron en la aceptación de los cargos en calidad de cómplice pactando una rebaja del 45%, para una pena final de 59 meses y 12 días de prisión, dejando a consideración del juez el reconocimiento de subrogados penales y mecanismos alternativos.

4. Aprobado el preacuerdo, se agotaron las previsiones del art. 447 de la ley 906/04 para la individualización de la pena y sentencia aprovechando la defensa del enjuiciado para solicitar que se le concediera a su patrocinado la posibilidad del cambio de lugar para descontar la pena conforme las previsiones del art. 314.5 de la ley 906/04, a saber, por su condición de padre cabeza de familia, corriendo traslado de los elementos en los que soporta su pretensión.

6. A su turno el a quo emitió fallo en los términos avalados por la judicatura y negó la prisión domiciliaria que se concede con base en el mencionado dispositivo legal y la figura bajo análisis, revocando en consecuencia la medida provisional y ordenando el traslado a prisión del condenado para el descuento efectivo de la pena.

5. Finalmente la lectura de la sentencia condenatoria se lleva a cabo el 11 de marzo del 2022, interponiendo la defensa del procesado el recurso vertical de apelación, específicamente para atacar lo decidido frente al 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

Tras agotar el respectivo control de legalidad, verificar la existencia de un mínimo de prueba para condenar, y aprobado los términos del preacuerdo y lo que hace a la manifestación libre, consciente y voluntaria del procesado, para lo que nos convoca el funcionario señaló que, “respecto a la prisión domiciliaria, por ser padre cabeza de hogar, tampoco se cumple y acá la defensa pudo haberle allegado a la judicatura más elementos probatorios lo que pudiese haber demostrado tal situación, aquí lo que se nota es que su hijo menor de edad, no se encuentra desamparado, tiene otros miembros de su parentela que bien pudieran atender a los cuidados de su hijo.”

DE LA IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA

Solicita el apelante que se le conceda a su representado la posibilidad del cambio de lugar para cumplir la pena de prisión, en su condición de padre cabeza de hogar, aunado a que el delito por el que resultó condenado dentro de esta causa penal no se encuentra en el listado del inc. 2° del art. 68A del C. Penal, que habla sobre la exclusión de subrogados penales y beneficios.

*Magistrado Ponente: César Augusto Rengifo Cuello
Radicación: 05-001-60-00206-2021-17581
Acusado: Darío García Rivera
Delito: Tráfico, fabricación, porte o tenencia de armas
de fuego, partes o municiones*

Lo anterior, por cuanto de su patrocinado y en forma exclusiva depende su señora madre y un hijo de siete meses, quien sufre de epilepsia, es hipertensa, padece asma crónica, enfermedad osteomuscular generalizada y por ende no puede salir a trabajar, ni siquiera ir a un supermercado, siendo el condenado su único sustento económico y emocional, y para el último, además, la figura paterna, y cuyo cuidado asumió desde su captura para que la progenitora pueda trabajar y llevar el sustento a este hogar, a lo que se suma que el acusado no cuenta con antecedentes penales por delitos dolosos dentro de los cinco años anteriores, mientras que el a quo habría efectuado una indebida apreciación de los elementos arrojados para solicitar la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia.

PRONUNCIAMIENTO COMO NO RECURRENTE

La señora representante del Ministerio Público solicita que se confirme la decisión de primera instancia, estimando en síntesis que no obran en el plenario suficientes elementos que de manera unívoca permitan concluir que el procesado ostenta la condición de padre cabeza de familia, ni se cuenta con mayores datos sobre la madre del hijo del procesado, y en definitiva de una ausencia sustancial de otros miembros de la familia cercana y extensa del inculpatado, por consiguiente el menor y la madre del inculpatado no se encuentran en estado de desprotección absoluta.

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 Veinte 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.

*Magistrado Ponente: César Augusto Rengifo Cuello
Radicación: 05-001-60-00206-2021-17581
Acusado: Darío García Rivera
Delito: Tráfico, fabricación, porte o tenencia de armas
de fuego, partes o municiones*

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 cabe 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.”

En cuanto a 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 substancial**, 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 aquellos adultos a cargo del sentenciado que no puedan velar por su propio cuidado y se encuentren imposibilitados para trabajar. Es decir, se debe 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

Magistrado Ponente: César Augusto Rengifo Cuello
Radicación: 05-001-60-00206-2021-17581
Acusado: Darío García Rivera
Delito: Tráfico, fabricación, porte o tenencia de armas de fuego, partes o municiones

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

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

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

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.

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, inadvertió 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

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

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.

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

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, pero también, entre esos adultos cercanos al agente, 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 quien resulta condena dentro del proceso penal y sentenciado pena privativa de la libertad, 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 DARÍA GARCÍA RIVERA, 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 y el hijo menor de edad de este se encuentren en un estado tal de desprotección que indefectiblemente pueda catalogarse como absoluta y en un grado tan precario que demande la concesión del mecanismo alternativo aquí reclamado, como último y extremo recurso para salvaguardar finalmente los derechos de los mencionados sujetos 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 se trata de una mujer adulta, según la historia clínica adosada la fémina cuenta con 53 años y las enfermedades que soporta en esencia no evidencian una gran complejidad, a lo que se suma que en el concreto caso no se demostró que no existan otros miembros de la familia extensa que en un determinado momento puedan coadyuvar e incluso asumir el cuidado del menor hijo de la pareja del procesado, siendo además evidente que dicho consanguíneo en todo caso cuenta con su progenitora, por ende, situaciones como la separación de un ser querido como consecuencia de las sanciones penales que este deba afrontar por el compromiso y comportamiento criminal se encuentran plenamente justificadas por más dolorosas que sean de asumir para su círculo cercano, aunado a que, se itera, no queda aquilatado como lo sostiene el impugnante la deficiencia sustantiva de la que habla la jurisprudencia en este tipo de casos.

Lo ante dicho, aunado a la actividad delictiva por la que se le condenó a GARCÍA RIVERA, para lo cual no tuvo reparos en las condiciones de vida de su madre o los pocos meses de vida de su hijo, nos permite inferir sin mayor dificultad que por muy doloroso que sea para estos la separación de consanguíneo, estos cuentan con otros miembros de su familia que principalmente deben sumar esfuerzos para no dejar desprotegido y atender las necesidades económicas, físicas y emocionales del menor.

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

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 al hijo de pocos meses de nacido de este, pues aunque se alegue que el reconocimiento del beneficio se realiza en últimas para favorecerlos, 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 en verdad de extrema desprotección y no como gracia para favorecer al condenado, o para aminorar los rigores, la tristeza y lo fuerte que pueda ser el ver a un ser querido tras las rejas como resultado de su comportamiento contrario a derecho, y en últimas de las reglas que disciplinan y hacen posible la vida en sociedad.

En síntesis, la Sala no advierte que la madre del penado y el menor de edad al que hemos hecho alusión se encuentren 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, físicos y afectivos, por más apegado que el menor se encuentre a su progenitor. 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...”.*

*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 en verdad 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 afirmar la 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 le haya reconocido al sentenciado DARÍO GARCÍA RIVERDA la posibilidad de descontar la pena en su residencia con base en la pretextada condición de jefe de hogar, según lo normado en el artículo 314.5 de la ley 906/04, por cuanto no se encuentran demostrados los requisitos para acceder al mismo bajo tal supuesta condición, o que la madre del condenado y el menor de edad no cuenten con otros medios de subsistencia y con una red de apoyo por parte de otros familiares, así sea de su grupo extenso, 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,*

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: 05-001-60-00206-2021-17581
Acusado: Darío García Rivera
Delito: Tráfico, fabricación, porte o tenencia de armas
de fuego, partes o municiones

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia condenatoria de primera instancia proferida por el Juez Veinte Penal del Circuito de Medellín 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.

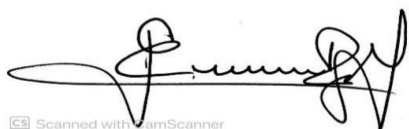
TERCERO. Esta sentencia queda notificada en estrados.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados⁵,



CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO


Scanned with CamScanner

LUÍS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ


JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ 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”.