



SALA PENAL

Medellín, veintiocho de marzo de dos mil veintitrés.

Radicado: 05 001 60 00206 2022 09391
Procesado: Óscar de Jesús Caro Escobar
Delito: Hurto calificado agravado
Asunto: Apelación de sentencia anticipada
Sentencia: Aprobada por acta 59 de la fecha
Decisión: Confirma
Lectura: treinta y uno de marzo de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente
JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ

ASUNTO

Se resuelve la apelación presentada por la defensa técnica de ÓSCAR DE JESÚS CARO ESCOBAR contra la sentencia anticipada que profirió el Juzgado Veinticinco Penal del Circuito de Medellín el 14 de febrero de 2023, por la cual condenó al precitado por Hurto calificado agravado y Uso de menores de edad en la comisión de punibles, al tiempo que le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria —como sustitutiva de la pena privativa de la libertad y como padre cabeza de familia—

1. HECHOS

De conformidad con el escrito de acusación, el 23 de abril de 2022 aproximadamente a las 9:45 de la noche, en inmediaciones de la Clínica Especialistas del barrio El Poblado de esta ciudad —carrera 43D N° 7D— por donde transitaban Ángela María Castaño Franco, Augusto González Gallardo y Alejandro Daniel Gómez Flórez, estos fueron abordados por tres sujetos, quienes mediante

intimidación con arma de fuego, les exigieron entregar sus pertenencias. Uno de los perjudicados —Alejandro Gómez— forcejeó con uno de los asaltantes, mientras los otros dos continuaron intimidando a las demás víctimas hasta lograr despojarlas de sus pertenencias y emprender la huida en un taxi de placas FWK039 —que los esperaba— pero fueron interceptados por miembros de la Policía Nacional, y descendieron del mencionado vehículo Jhon Fredy Aguirre López, Santiago Mejía Soto, D.E.M. —menor de edad, utilizado para la intimidación y apoderamiento de las pertenencias de los afectados— y ÓSCAR DE JESÚS CARO ESCOBAR en cuyo poder nada se halló, pero en la guantera del rodante se encontró un arma de fuego marca Blow —de letalidad reducida— y los objetos hurtados: un celular Iphone 8, un par de audífonos, un reloj Apple Watch y documentos personales. Siendo reconocidos tres de ellos por las víctimas como los perpetradores del hurto, por lo cual fueron capturados los mayores de edad y aprehendido el menor.

2. ACTUACIÓN PROCESAL

El 24 de abril de 2022, el Juzgado 42 Penal Municipal de Medellín con Función de Control de Garantías, legalizó el procedimiento de captura de ÓSCAR DE JESÚS CARO ESCOBAR y sus compañeros de causa —decisión confirmada en segunda instancia— y se les formuló imputación como coautores de Hurto calificado agravado (art. 239, 240 inciso 2º y 241 numeral 10 del CP), y Uso de menores de edad en la comisión de delitos (art. 188 D del CP) bajo el verbo rector promover. Cargos a los cuales no se allanaron, y se les impuso medida de aseguramiento de detención preventiva domiciliaria.

Radicado el escrito de acusación contra CARO ESCOBAR y los demás, correspondió el proceso al Juzgado Veinticinco Penal del Circuito de Medellín, despacho ante el cual el 23 de noviembre de 2022 se les pretendía acusar formalmente, sin embargo la Fiscalía anunció haber llegado a un preacuerdo con ellos, consistente en la aceptación de los cargos imputados, esto es, Hurto calificado agravado (arts. 239, 240 inciso 2º y 241 numeral 10 del CP) y Uso de menores de edad en la comisión de delitos (art. 188 D del CP) a cambio de la rebaja de pena establecida para el cómplice según el artículo 30 del CP, fijándose la pena en 5 años 3 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, dejándose establecido que en este caso no hubo incremento patrimonial porque los elementos hurtados fueron recuperados y devueltos a las víctimas y estas solicitaron

como reparación únicamente disculpas públicas. El mismo día (23 de noviembre de 2022) la judicatura impartió legalidad al preacuerdo, y el 17 de enero de 2023 se hizo la audiencia de individualización de la pena (artículo 447 del CPP), en la cual la Fiscalía reveló los datos de identificación de los procesados y consideró que en este caso aplica la prohibición contenida en el art. 68 A del CP, por lo que no es procedente la concesión de subrogados ni beneficios. Estimó que los fenómenos post delictuales se tuvieron en cuenta al momento de realizar el preacuerdo.

El ministerio público expuso que en este caso no proceden subrogados ni beneficios debido a la prohibición establecida en el art. 68 A del CP. Igualmente, se pronunció la defensa de Santiago Mejía y de Jhon Fredy Aguirre, pero no viene al caso relacionar sus argumentos, de acuerdo con el objeto de la apelación.

Por su parte, la defensa de ÓSCAR DE JESÚS CARO ESCOBAR presentó elementos para sustentar la calidad de padre cabeza de familia que supuestamente ostenta este, asegurando que tiene una compañera permanente que se encuentra en avanzado estado de embarazo, tiene arraigo y es responsable de su madre, quien está enferma y no puede trabajar, y de un hermano de 7 años. Sumado a que carece de antecedentes penales y acepta que cometió un error y se sometió a la justicia. Puede trabajar en su residencia, y ante la ineficacia del sistema, que no cumple sus fines, deben tenerse en cuenta las sentencias T153 de 1992, T388 de 2013 y SU122 de 2022, y concederle el aludido beneficio.

3. DECISIÓN IMPUGNADA

El 14 de febrero de 2023 el juez de primera instancia, de conformidad con los términos del preacuerdo, condenó a ÓSCAR DE JESÚS CARO ESCOBAR y a sus compañeros de causa, a la pena principal de 5 años 3 meses de prisión en calidad de coautores de Hurto calificado agravado y Uso de menores de edad para la comisión de delitos. Y los inhabilitó para el ejercicio de derechos y funciones públicas por término igual. Asimismo, les negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena, y la prisión domiciliaria establecida en el artículos 38 y 38 B del CP —por expresa prohibición legal—y, también, como padres cabezas de familia.

Argumentó respecto a la pretensión de la prisión domiciliaria en favor de ÓSCAR DE JESÚS CARO ESCOBAR, que aunque se adujo la condición de padre cabeza de familia porque su madre, hermano y compañera permanente dependen de él, y que esta última se encuentra en estado de embarazo —hecho confirmado por los elementos aportados— no obstante, la mencionada dama tiene 21 años de edad y está afiliada a la Nueva EPS como cotizante, de donde se entiende que es laboralmente activa y no presenta imposibilidad alguna para trabajar; en igual sentido la madre del procesado, quien según la historia clínica aportada, recibe tratamiento médico por anemia e hipertensión, enfermedades que no la incapacitan para trabajar, y tiene 44 años. En relación al menor de edad, hermano de ÓSCAR DE JESÚS, cuenta con el apoyo y cuidados de su madre, persona apta y capaz, y además se desconoce, si tiene familia extensa que, en caso de necesitarlo, pueda hacerse cargo de él. En suma, CARO ESCOBAR no es padre cabeza de familia, por lo que no puede acceder al beneficio de prisión domiciliaria.

Añadió el juez que ni el estado de cosas inconstitucional, ni la ineficacia del sistema penal que pregonó el defensor, son razones que habiliten el desconocimiento de la ley para hacer una excepción y conceder un beneficio prohibido, así como la consideración de que los procesados no representan un peligro para la sociedad tampoco habilita la concesión de la prisión domiciliaria, ya que el criterio mencionado es evaluado en sede de control de garantías, y en esta etapa se evalúan los requisitos legales para que la condena se cumpla en ciertas condiciones.

4. ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

La defensa se muestra inconforme exclusivamente con la denegación de la prisión domiciliaria a su representado, como padre cabeza de familia, porque en su criterio la judicatura valoró indebidamente los elementos materiales probatorios que demuestran los presupuestos objetivos y subjetivos para su reconocimiento.

Señaló el apelante que el yerro en que incurrió la judicatura al valorar indebidamente los soportes de la pretensión de la prisión domiciliaria es trascendente, toda vez que conllevó a que se presentara un sesgo en el proceso de individualización de la pena y la sentencia, respecto al derecho que le asiste a la madre del procesado, a su hermano de 7 años, a su compañera sentimental y al *nasciturus* del cual este es

padre, a todos los cuales solamente el acusado puede brindarles protección. Y dicho error afecta la validez de la sentencia en la parte motiva y resolutive, con relación al subrogado penal reclamado, al considerarse inexistente la calidad de padre cabeza de familia, a pesar de que los soporte allegados dan cuenta de lo contrario.

Agregó que CARO ESCOBAR ostenta la calidad de padre cabeza de familia respecto de su madre toda vez que esta se encuentra en tratamiento porque padece anemia e hipertensión, adicionalmente tiene a cargo a su hermano de 7 años dadas las precarias condiciones de salud de la madre de ambos, que le impiden trabajar, por lo cual el acusado debe velar por el sostenimiento del menor y de su madre. De igual manera tiene a cargo la obligación de su compañera permanente, quien está embarazada, y aunque la primera instancia manifestó que ella labora, no debe ignorarse que la mujer en etapa de gestación requiere el constante acompañamiento de alguien, y que el llamado a velar en este proceso es el padre del que está por nacer, además viven juntos, y es ÓSCAR DE JESÚS quien provee el sostenimiento económico del núcleo familiar, de ahí que su privación de la libertad pondría en riesgo al hermano, a la madre, a la compañera permanente del procesado y al *nasciturus*, máxime si se tiene en cuenta que la actividad comercial de la cual se deriva el ingreso soporte de la protección de la familia se ejerce en la misma residencia del sentenciado, dejando claro que el delito por el cual se procede no tiene que ver con su domicilio o con delitos que se cometan desde el interior de bienes inmuebles.

Señala que frente a la permanencia de la responsabilidad en cabeza del procesado, como requisito para acceder al pretendido subrogado, se presenta porque las enfermedades —anemia e hipertensión— que sufre la madre de CARO ESCOBAR han obligado desde hace más de 4 años a que este asuma el rol de encargado del hogar, en razón de lo cual debe suplir obligaciones de pagar el arriendo, la alimentación, y los servicios públicos, entre otros. Atendiendo así, no solo las necesidades de su progenitora sino también de su hermano de 7 años. Sumado a que como compañero de la gestante debe estar pendiente de las atenciones que requieran esta y el bebé que esperan.

Sostiene que la madre y el hermano de CARO ESCOBAR siempre han recibido el apoyo económico de este y no cuentan con el de un tercero, toda vez que el progenitor de aquel nunca asumió responsabilidad frente al hogar, sustrayéndose

de sus obligaciones paternales y de pareja hace más de 5 años, sin que se tenga información alguna de él, careciéndose igualmente para tales efectos de familia extensiva, puesto que los vínculos con estos se limitan a temas emocionales, porque son personas de bajos recursos económicos que se benefician de lo que ÓSCAR DE JESÚS les da.

Además, el procesado se ha comportado adecuadamente en la prisión domiciliaria en razón de la medida de aseguramiento, al punto que ha trabajado desde su casa en un montallantas, lo que demuestra su interés por resocializarse y emprender actividades laborales que ayuden al sostenimiento de su familia, y manifestó arrepentimiento por el error cometido por lo cual pidió perdón a las víctimas en audiencia pública, y no representa un peligro para la sociedad y mucho menos para los perjudicados.

Considera el recurrente que, de acuerdo con lo argumentado, CARO ESCOBAR cumple con los requisitos legales para que se le reconozca la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia, pretendiendo que se haga un test de proporcionalidad entre los derechos, a la libertad, regulado en el artículo 28 de la Constitución Política y los de la familia —artículo 42 *ejusdem*— de acuerdo con lo cual, a su juicio ,debe concederse la prisión domiciliaria por ser una medida menos lesiva, que cumple con los fines de la pena, y que —además— se tenga en cuenta el principio *pro homine* para finalmente otorgar al procesado el mencionado beneficio.

5. COMPETENCIA

Esta Corporación es competente para conocer de la presente impugnación, según lo dispuesto en el artículo 34-1 del Código de P. Penal –Ley 906 de 2004–, toda vez que la sentencia de primera instancia fue emitida por el Juzgado Veinticinco Penal del Circuito de Medellín que hace parte de este distrito judicial.

6. CONSIDERACIONES

La Sala establecerá si fue acertada la decisión del funcionario *a quo* de negar a OSCAR DE JESÚS CARO ESCOBAR la prisión domiciliaria –como padre cabeza

de familia– caso en el cual la confirmará, o si *a contrario sensu* habrá de revocarla si no se ajusta a los supuestos fácticos y a los mandatos constitucionales, legales y jurisprudenciales correspondientes.

De acuerdo con el artículo 1º de la Ley 750 de 2002:

“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.

La presente ley no se aplicará **a las autoras o partícipes** de los delitos de genocidio, homicidio, delitos contra las cosas o personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, extorsión, secuestro o desaparición forzada *o quienes registren antecedentes penales*, salvo por delitos culposos o delitos políticos” (Resaltado no original).

Mediante sentencia C-184 de 2003, la Corte Constitucional declaró exequibles los apartes subrayados del artículo 1º de la Ley 750 de 2002 *“en el entendido de que, cuando se cumplan los requisitos establecidos en la ley, el derecho podrá ser concedido por el juez a los hombres que, de hecho, se encuentren en la misma situación que una mujer cabeza de familia, para proteger, en las circunstancias específicas del caso, el interés superior del hijo menor o del hijo impedido.”*

Con posterioridad, se expidió la Ley 1232 de 2008 en la cual se determinó:

“... la Jefatura Femenina de Hogar, es una categoría social de los hogares, derivada de los cambios sociodemográficos, económicos, culturales y de las relaciones de género que se han producido en la estructura familiar, en las subjetividades, representaciones e identidades de las mujeres que redefinen su posición y condición en los procesos de reproducción y producción social, que es objeto de políticas públicas en las que participan instituciones estatales, privadas y sectores de la sociedad civil.

En concordancia con lo anterior, **es Mujer Cabeza de Familia, quien siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.**

PARÁGRAFO. La condición de Mujer Cabeza de Familia y la cesación de la misma, desde el momento en que ocurra el respectivo evento, deberá ser

declarada ante notario por cada una de ellas, expresando las circunstancias básicas del respectivo caso y sin que por este concepto se causen emolumentos notariales a su cargo” (Resaltado fuera de texto original).

Lo anterior, no se aplica únicamente respecto de las madres cabeza de familia, sino además a los padres que ejercen dicha labor, pero para acreditarlo deben concurrir los siguientes requisitos, según ha expresado la Corte Constitucional:

“... 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 o, como es obvio, la muerte;** (v) por último, **que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar**”, lo que en principio lleva a considerar la necesidad de que sea la madre quien deba permanecer a su lado”¹ (Resaltado no original).

Luego en este evento no se cumplen las condiciones legal y constitucionalmente exigidas para que se pueda reconocer a ÓSCAR DE JESÚS CARO ESCOBAR la jefatura del hogar –como requisito indispensable para concederle prisión domiciliaria como padre cabeza de familia– por cuanto, de acuerdo con la documentación allegada a la actuación:

- ✓ Vive en unión libre con María Camila Betancur Henao (quien actualmente cuenta 21 años, ya que nació el 9/9/2001), la cual se encuentra en embarazo del acusado, con una fecha probable de parto del 16/06/2023 y está afiliada a la EPS Nueva, como cotizante.
- ✓ OSCAR DE JESÚS es hijo de Eldis Ester Escobar Moreno, (quien tiene 45 años, nació el 12/10/1977), la cual se encuentra afiliada a la EPS Sura como cotizante, de ocupación niñera, presenta hipertensión esencial (primaria), anemia por hemorragia uterina secundaria, Leiomioma del útero por lo cual el 9/12/2022 se le realizó una histerectomía total —extracción del útero— que le generó una incapacidad médica desde el 9/12/2022 hasta el 7/1/2023.
- ✓ CARO ESCOBAR tiene un hermano de 9 años de edad (nació el 11/12/2013), llamado Sebastián Martínez Escobar, hijo de Eldis Ester Escobar Moreno y James Gabriel Martínez Barrios.
- ✓ María Camila Betancur Henao, César Augusto Muñoz Restrepo y Mateo Arrubla Espinosa, en declaraciones extra proceso, manifestaron que ÓSCAR

¹ Sentencia SU 388 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández

DE JESÚS CARO ESCOBAR es quien provee el sustento económico a la primera de las citadas, a su madre Eldis Ester y a su hermano Sebastián.

Como puede observarse, aunque las declaraciones extra proceso indicadas dan cuenta de que supuestamente CARO ESCOBAR es quien satisface las necesidades básicas de su hermano, de su compañera permanente y de su madre, las historias clínicas de estas últimas dan cuenta de que ambas están afiliadas en el régimen de salud contributivo, en calidad de cotizantes, es decir que laboran o por lo menos cuentan con recursos económicos para sufragar ese tipo de afiliación, situación que no es coherente con la revelación de que dependen económicamente del procesado y que no pueden trabajar. Y en efecto, Eldis Ester lo hace como niñera —según lo relacionado en su historia clínica— y, sumado a ello, si bien María Camila está en embarazo ello no le impide laborar pues ninguna discapacidad o quebranto de salud presenta, por el contrario es joven y con capacidad para trabajar y garantizar su sostenimiento y el de su hijo por nacer.

Igualmente se advierte que Eldis Ester Escobar Moreno presenta hipertensión y Leiomioma que le generó anemia por hemorragia uterina, lo cual motivó que le extrajeran el útero —histerectomía total— y por ello fue incapacitada por aproximadamente un mes, sin embargo ello no implica discapacidad, inclusive se trata de una mujer de tan solo 45 años de edad que puede trabajar para proveerse su sustento y el de su hijo menor, Sebastián, como es su obligación y este último, además, tiene a su padre James Gabriel Martínez Barrios, quien también tiene la obligación de velar por él, sin que se conozca justificación para que no lo haga.

Así las cosas, no solo no se demostró que CARO ESCOBAR sea quien garantice la subsistencia y le provea apoyo afectivo y moral a su compañera permanente, a su madre y a su hermano sino que, por el contrario, es claro que las mencionadas señoras trabajan, al punto de que son cotizantes del sistema de seguridad social en salud, al cual se accede como cotizante —bien porque la persona labora o porque aunque no lo haga tiene capacidad de pago—, además de que una y otra están en condiciones para laborar y sin ninguna situación especial que les impida hacerlo, pues la hipertensión arterial, la anemia y los miomas en el útero —que fue extraído— y el estado de gravidez no constituyen condiciones de discapacidad que les impidan continuar trabajando como al parecer lo vienen haciendo.

No puede perderse de vista que probablemente el núcleo familiar de ÓSCAR DE JESÚS se verá abocado a una mengua en sus condiciones económicas y afectivas ante la privación de la libertad de este, pero ello no es el fundamento de la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia, pues de ser así la mayoría de los sentenciados tendría derecho a tal beneficio, porque es claro que al faltar uno de los cónyuges u otro miembro de la familia se ve afectada la dinámica familiar y con ello los roles de quienes deben garantizar la satisfacción de las necesidades básicas del núcleo familiar, mas ello *per se* no habilita el reconocimiento del mencionado sustituto, sino que debe demostrarse que el procesado es quien presta a las personas respecto de las cuales se alega la condición de padre cabeza de familia los cuidados y asistencia económica, afectiva y social, con deficiencia sustancial de ayuda por parte de los demás miembros de la familia, situación que no quedó acreditada por lo previamente expuesto, es decir, no se demostró que ÓSCAR DE JESÚS CARO ESCOBAR sea **de manera exclusiva**, el responsable de satisfacer los requerimientos –de todo orden– de su madre, de su compañera permanente y de su hermano, o siquiera de alguno de ellos, pues, se insiste, las aludidas mujeres laboran o al menos tienen capacidad económica de proveerse sus necesidades básicas, y no están en incapacidad física, sensorial, síquica o mental para trabajar y obtener su sustento económico y el de sus hijos. Aunado a que el hermano del acusado tiene a su madre y a su padre, quienes finalmente son responsables de él y no están afectados por alguna situación que les impida asumirlo, luego no está llamada a prosperar la pretensión del recurrente, tal como lo concluyó el funcionario *a quo*.

Recapitulando, ÓSCAR DE JESÚS CARO ESCOBAR no cumple con los requisitos legales para acceder a la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia, los cuales constituyen disposición legislativa ajustada a la norma superior, que el fallador no puede inaplicar, como lo pretende el apelante, sin justificación trascendente que así lo amerite, pues según el artículo 230 de la Constitución Política: *“Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley”*, sin que les sea dable contrariar la disposición del poder legislativo, máxime cuando no atenta contra postulados constitucionales, que hicieran inaplicable los parámetros fijados de cara a la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia; y no han sido declarados inexecutable, por lo cual se impone su efectivo cumplimiento, pues el legislativo goza de facultad de libre configuración de cara a la política criminal. Por lo tanto se confirmará la decisión de primera instancia.

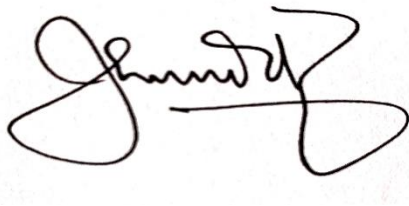
En mérito de lo expuesto la Sala Once de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO CONFIRMAR, en cuanto fue objeto de apelación, la sentencia emitida por el Juzgado Veinticinco Penal del Circuito de Medellín, mediante la cual se negó a ÓSCAR DE JESÚS CARO ESCOBAR la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia.

SEGUNDO Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación.

Notifíquese y cúmplase



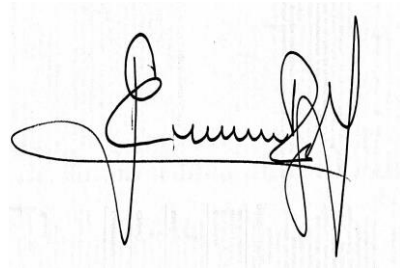
JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ

Magistrado



CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO

Magistrado



LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ

Magistrado

LC