

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellín

SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, diecinueve (19) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

Radicado: 050016000206202334094
Procesado: Luis David Fagua Henao – otros
Delito: Hurto calificado y agravado
Asunto: Apelación de Sentencia –Preacuerdo–
Sentencia: No. 8. Aprobada por acta No. 39 de la fecha.
Decisión: Confirma

Magistrado Ponente

Dr. LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

1. ASUNTO A DECIDIR

Se apresta esta Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa de **Luis David Fagua Henao**, en contra de la sentencia del 11 de diciembre de 2023, proferida por el Juzgado Primero Penal Municipal de Bello, por medio de la cual y en virtud de un preacuerdo, condenó al antes citado y a los señores Jhonatan Andrés Martínez Correa y John Alexander Ardila Uribe, por el punible hurto calificado y agravado, imponiéndoles una pena de 18 meses de prisión, a su

vez que le negó a **Fagua Henao** la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

2. ACONTECER FÁCTICO

La presente actuación, tuvo su génesis en los hechos ocurridos el 4 de julio de 2023 a las 05:10 a.m. en la glorieta de Soya, ubicada en el municipio de Bello, cuando **Michel Camila Cardozo Morales, Luis David Fagua Henao, Jhonatan Andrés Martínez Correa Y John Alexander Ardila Uribe**, abordaron a Carlos Alberto Bohórquez Camargo y mediante amenazas con armas cortopunzantes, lo despojaron de su vehículo Renault línea Sandero, color gris estrella, placa LRW339 valorado en \$57.000.000, dinero en efectivo en la suma \$700.000; dos celulares, uno marca Samsung A33 color negro avaluado \$1.300.000, el otro un Samsung Galaxy JS color negro, avaluado \$200.000, un cargador de celular con un valor de \$56.000 y el adaptador para cargar celulares avaluado en \$22.000.

3. DESARROLLO PROCESAL

El 5 de julio de 2023, ante el Juzgado Doce Penal Municipal de Medellín con Función de Control de Garantías de Medellín, se declaró legal la captura de **Michel Camila Cardozo Morales, Luis David Fagua Henao, Jhonatan Andrés Martínez Correa Y John Alexander Ardila Uribe**. La Fiscalía dio traslado del escrito de acusación por el delito de hurto calificado y agravado, cargo que no fue aceptado por los procesados, imponiéndosele a **Fagua**

Henao medida de aseguramiento de detención preventiva en su domicilio.

Luego de una declaración de incompetencia por el Juzgado Treinta y Tres Penal Municipal de Medellín, el proceso fue repartido al Juzgado Primero Penal Municipal de Bello, despacho que fijó como fecha para celebrar la audiencia concentrada el 23 de octubre del 2023, siendo informado por las partes de la suscripción de un acuerdo con los acusados **Luis David Fagua Henao**, Jhonatan Andrés Martínez Correa y John Alexander Ardila Uribe, consistentes en degradar la participación de coautores a cómplices, con fines de atenuar la pena.

Dicha negociación, fue aprobada por el juzgado de origen, quien procedió a instalar la audiencia de individualización de la pena en esa misma fecha.

El 11 de diciembre de 2023, se profirió la respectiva sentencia, la cual fue apelada por la defensa de **Luis David Fagua Henao** sólo frente a la denegación de beneficios y subrogados.

4. LA SENTENCIA APELADA

Para los efectos del recurso interpuesto, se tiene que el fallador de primer nivel indicó:

1. En lo atinente a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, que si bien la sanción penal impuesta era inferior a 4 años, lo cierto es que el punible de hurto calificado y agravado se encontraba enlistado en el artículo

68A del C.P., como una de las conductas excluidas de beneficios y subrogados.

2. Respecto de la posibilidad de conceder a **Luis David Fagua Henao** la prisión domiciliaria por padre cabeza de familia, señaló el Juzgador que el hecho de haber vivido por más de 15 años continuos en el mismo barrio, carecer de antecedentes penales y convivir con su madre, no lo habilitaba para acreditar tal condición.

Además, indicó que no se pudo demostrar en el presente asunto que la progenitora del sentenciado ostentara alguna incapacidad física o sensorial para valerse por sí misma mientras el acusado cumple la pena, como tampoco se probó la ausencia de los demás miembros del núcleo familiar que, bajo aplicación del principio de solidaridad, le presten ayuda, apoyo y colaboración.

5. DE LA IMPUGNACIÓN

La defensa de **Luis David Fagua Henao** interpuso recurso de apelación contra la decisión de primera instancia, cuestionando la denegación de beneficios y subrogados.

Para tal efecto, señaló que la primera instancia omitió valorar que su asistido carecía de antecedentes penales, no comportaba un peligro para la sociedad y que tenía un arraigo estable, además de ser la persona que se encargaba de la manutención de su progenitora, lo que indicaba que no era necesario someterlo a un tratamiento penitenciario y permitía que a este se le pudiera

otorgar la suspensión condicional de la ejecución de la pena o el beneficio de la prisión domiciliaria.

En consecuencia, solicitó se revocara el fallo de instancia, en esos 2 aspectos.

6. LOS NO RECURRENTES

Los sujetos procesales no recurrentes, guardaron silencio en el traslado respectivo.

7. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

7.1 Competencia.

Esta Sala de Decisión es competente para conocer del recurso de alzada propuesto por la defensa en contra de la sentencia del Juzgado Primero Penal Municipal de Bello, Ant. debido a lo prescrito en el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

A tono con las previsiones del artículo 179 y siguientes de la Ley 906 de 2004, estatuto que rige este juzgamiento, la Sala limitará su decisión al punto central de impugnación y las cuestiones inescindibles a ello.

7.2. Problema jurídico

Efectuado el análisis de los argumentos expuestos por la defensora de **Luis David Fagua Henao**, frente a la decisión objeto

de censura, encuentra la Sala que en este asunto se presentan dos problemas jurídicos, a saber:

- ¿Cumplió la defensa de **Luis David Fagua Henao** con el mínimo de argumentación requerido para entender por sustentada la apelación respecto a la no concesión del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena?
- ¿En el presente proceso logró la defensa demostrar que el señor **Luis David Fagua Henao** tiene bajo su exclusivo cuidado a su madre y si por ello puede ser considerado como padre cabeza de familia para acceder al beneficio de la sustitución intramural por la domiciliaria?

Para una adecuada estructura lógica de la decisión a adoptar por esta Magistratura, se abordará y resolverá cada problema jurídico en particular.

7.2.1. ¿Cumplió la defensa de Luis David Fagua Henao con el mínimo de argumentación requerido para entender por sustentada la apelación respecto a la no concesión del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena?

En la sistemática procesal se ha entendido el derecho a la doble instancia como una prerrogativa de talante legal con la que cuentan los sujetos procesales con miras a que las decisiones que sean emitidas por los jueces de garantías y/o conocimiento sean

objeto de revisión por el funcionario que acredita la condición de superior funcional de quien adoptó la providencia.

Ahora bien, no obstante entenderse como un derecho que le es inherente a las partes, es lo cierto que el ejercicio de estos mecanismos de control se ciñe a unos condicionamientos legales que evitan el desgaste innecesario de la Administración de Justicia y el abuso del derecho.

En ese sentido, para entrar a resolver una apelación es menester que el sujeto procesal que hace uso del susodicho recurso cumpla con una serie de obligaciones y/o requisitos, los cuales deben ser verificados por los operadores judiciales para determinar si es viable o no resolverlo. Tales requisitos son los siguientes:

- 1.) Legitimidad en la causa, esto es que la persona haya sido reconocida como parte o interviniente dentro del proceso y que por tanto tenga la facultad de intervenir.
- 2.) Que exista un interés jurídico y legítimo para recurrir. Esto tiene su génesis en el perjuicio que le puede generar a la parte esa decisión que se está recurriendo,
- 3.) La interposición dentro del término, lo que se traduce en una oportuna intervención antes que la decisión cobre ejecutoria y,
- 4.) Una debida sustentación de la inconformidad, es decir, una correcta exposición de los motivos de hecho y de derecho

que generan el desacuerdo con la decisión que se pretende sea subsanada por el juez de la segunda instancia, lo que implica un deber para el recurrente de determinar de manera clara y concreta, pero a la vez suficiente, cuáles son los aspectos que lo llevan a diferir del pronunciamiento emitido por el *a quo*, señalando de manera explícita dónde se encuentran las equivocaciones del razonamiento vertido en la decisión, lo que sin más, significa “atacar” con argumentos jurídicos la medida adoptada.

Respecto de la última exigencia en cita, esto es sobre la sustentación del recurso, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha considerado:

“De manera pues que no basta con sustentar sino que esa argumentación debe ser debida, adecuada, apropiada al caso.

Una sustentación debe entenderse adecuada, cuando está orientada a controvertir los argumentos de la decisión cuestionada, pretendiendo de manera razonable demostrar el desacierto de la misma y las bondades de la tesis que se propone. La sustentación tiene como objetivo atacar o controvertir la tesis expuesta en la decisión, ello se logra presentando razones, destacando falencias, tratando de mostrar el desacierto de la decisión.

De manera reiterativa la Corte se ha referido al tema:

“De ahí que la fundamentación de la apelación constituya un acto trascendente en la composición del rito procesal, en la medida que no basta con que el recurrente exprese inconformidad genérica

con la providencia impugnada, sino que le es indispensable concretar el tema o materia de disenso, presentando los argumentos fácticos y jurídicos que conducen a cuestionar la determinación impugnada, carga que de no ser acatada, obliga a declarar desierto el recurso, sin que se abra a trámite la segunda instancia, toda vez que de frente a una fundamentación deficiente el funcionario no puede conocer acerca de qué aspectos del pronunciamiento se predica el agravio. Pero una vez satisfecho el presupuesto de la fundamentación explícita o suficiente, en cuanto identifica la pretensión del recurrente, adquiere la característica de convertirse en límite de la competencia del superior, en consideración a que sólo se le permite revisar los aspectos impugnados.¹

Y, en otra reciente decisión se ratifica:

“La impugnación es la herramienta de carácter constitucional que tienen las partes para controvertir la legalidad de la providencia emitida. Por este motivo, el recurrente debe ser claro y coherente al expresar las razones por las cuales considera que la decisión cuestionada no se ajusta a las normas procesales o sustantivas en las que se debe fundamentar. Cualquier otra expresión o manifestación del recurrente que no esté dirigida a demostrar esta inconsistencia legal, no puede considerarse como sustento de la impugnación. Ello no implica necesariamente el uso de un lenguaje técnico, sobre todo cuando el recurrente no es abogado, como que basta la expresión de los argumentos de oposición presentados en forma clara y comprensible².

Y lo mismo en esta:

La jurisprudencia de la Sala viene sosteniendo que el recurso de reposición es un mecanismo que la ley otorga a los sujetos

¹ Rad- 23667 sentencia 11 de abril de 2007.

² Auto 23 de febrero de 2011, Rad. 35678.

procesales, para que provoquen el reexamen de la decisión, frente a los argumentos expuestos en la sustentación, con el objeto de que el funcionario corrija los errores en que haya podido incurrir. Por tanto, el impugnante está obligado a exponer de manera clara y precisa los motivos por los cuales estima que se debe revocar, modificar o aclarar la providencia recurrida o, dicho en otros términos, debe referirse en forma específica a los fundamentos del auto atacado con el fin de lograr que se profiera una nueva decisión en cualquiera de los sentidos atrás indicados³.

En una más reciente decisión:

3.1. Quien controvierte una decisión judicial tiene una carga argumentativa alta, pues debe exponer de manera clara las razones por las que no se comparte la providencia recurrida, indicando por qué razón se aparta de ella.

3.2. En ese orden de ideas se debe presentar **un debate entre los fundamentos de la decisión y sus planteamientos, y la razón por la que se debe acoger la tesis propuesta, la que se opone a la decisión cuestionada**, para que a partir de allí se trabaje en debida forma el debate y tenga razón de ser el recurso, pues la finalidad del mismo no es otra que rebatir los asuntos allí consignados⁴.⁵ (negrillas propias de la Sala)

7.2.1.1. Caso concreto

Analizados los anteriores requisitos y presupuestos de cara al caso que ocupa la atención de la Sala, se puede concluir que en presente asunto se cumplen tan solo tres de las mentadas

³ Radicación 21673

⁴ Radiación 36407.

⁵ Auto de 19 de septiembre de 2012, radicado 38.137, M.P. Fernando Castro Caballero.

exigencias, pues existe legitimación en la causa por la censora, tiene interés para recurrir en tanto lo pedido le fue despachado desfavorablemente y, además, el recurso fue interpuesto oportunamente; sin embargo, resulta diáfano que no se cumple con el requisito de la debida sustentación, pues nótese que la argumentación del recurso dada por la abogada es en absoluto insuficiente de cara a los argumentos de la decisión confutada y no satisface los estándares legales y jurisprudenciales señalados en precedencia.

Lo anterior se puede deducir, sin dificultad alguna, de la simple lectura del libelo mediante el cual se sustentó la alzada, donde se evidencia una total ausencia argumentativa que impide a la Sala considerar que la apelación goza de una adecuada sustentación respecto a la denegación del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, tal como se pasa a señalar.

En efecto, si se hace un estudio de la decisión adoptada por el funcionario de primer nivel, se tiene que este realizó una sustentación direccionada a indicar el por qué no se podía acceder a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, indicando que si bien la pena impuesta era inferior a 48 meses, el delito por el que se emitió juicio de reproche tenía expresa prohibición legal para acceder a beneficios y subrogados, de conformidad con el canon 68A del C.P.

Al momento de presentar la sustentación de la apelación, la abogada pidió que se otorgara la suspensión condicional de la ejecución de la pena, sin que ningún argumento de contradicción a las consideraciones del juez efectuara, pues su recurso solo

estribó en valoraciones respecto a la denegación de la prisión domiciliaria por padre de cabeza de familia, echándose de menos el tema del subrogado solicitado como principal y sin que se realizara un ejercicio contrargumentativo respecto a su negativa en la sentencia confutada.

Ante ese panorama, deviene diáfano que lo planteado por la apelante en su recurso no contrae un real ejercicio de oposición a ese preciso tópico del fallo atacado, pues no realizó ninguna exposición de motivos de hecho o de derecho que contraríen los planteamientos efectuados por la juez de primer nivel para denegar el subrogado en comento.

Así las cosas, ante la grave falencia argumentativa por parte de la apelante, no le queda a la Sala otra opción que rechazar la alzada por insuficiente motivación y ausencia de señalamientos claros de hecho y de Derecho que se le exigen a los profesionales del Derecho para incoar los recursos de ley respecto a la negativa de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, pues está vedado para esta Corporación desatar un recurso en donde no esté planteado, así sea de manera sucinta, un debate fáctico o jurídico entre la decisión de la primera instancia y la parte o interviniente que se siente perjudicado con ella.

7.2.2. ¿En el presente proceso logró la defensa demostrar que el señor Luis David Fagua Henao tiene la calidad de padre cabeza de familia y en razón de tal condición puede acceder al beneficio de la sustitución intramural por la domiciliaria?

En nuestro país el concepto de madre cabeza de familia aparece por primera vez enunciado en el artículo 43 de la Constitución Política de 1991, aunque es solo dos años más tarde, con su desarrollo legal mediante la Ley 82 de 1993 donde se da una verdadera definición del concepto en su artículo segundo, modificado por la ley 1232 del 2008, que reza:

“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.

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.” –Subrayas de la Sala-

Respecto de esta norma, la Corte Constitucional no solo flexibilizó el concepto para ahí también incluir a los padres, sino que explicitó los requisitos para que una persona pueda ser catalogada dentro de tal categoría:

“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.”, lo que en principio lleva a considerar la necesidad de que sea la madre quien deba permanecer a su lado.”⁶

De la anterior definición se pueden extractar los siguientes elementos para la configuración de la figura de madre o padre cabeza de familia:

- i) Que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar;

⁶ Sentencia SU 388 de 2005

- ii) Que esa responsabilidad sea de carácter exclusivo y permanente por ausencia absoluta de la pareja o de incumplimiento total de las obligaciones por parte de esta, por propia voluntad o por circunstancias de fuerza mayor.

- iii) 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 o el padre para sostener el hogar.

Ahora bien, es cierto que el legislador penal colombiano ha buscado flexibilizar las medidas de aseguramiento y las penas para las personas que se encuentren en esta especial condición, esencialmente para proteger a los menores o personas discapacitadas que dependen del procesado o condenado; pero es oportuno advertirlo desde ya, que la sola constatación de dicha calidad, no otorga de manera automática el derecho al disfrute del beneficio de la prisión domiciliaria, como se verá a continuación:

En un principio la Corte Suprema de Justicia estableció que efectivamente con la sola acreditación de la condición de madre cabeza de familia operaba la concesión automática del beneficio de prisión domiciliaria, atendiendo a que los artículos 314 y 461 habían derogado tácitamente los incisos 2 y 3 del artículo 1 de la Ley 750 de 2002 en los que se le indica al juez que, antes de conceder el sustituto, se debía analizar el desempeño personal, laboral, familiar o social de la persona condenada, además de que

había prohibición del beneficio en los eventos de que aquella registre antecedentes penales, salvo por delitos culposos o políticos, o si estaba siendo juzgada por delitos graves como homicidios, genocidios o conductas que atenten contra el Derecho Internacional Humanitario, entre otras⁷.

Sin embargo, la Corte posteriormente varió su postura en el sentido de indicar que no es cierto que la Ley 750 de 2002 hubiese sido derogada tácitamente por los artículos 314 y 461 de la Ley 906 de 2004 y por lo tanto, para conceder el sustituto de la prisión domiciliaria, debía el juez de instancia además de verificar la condición de madre cabeza de familia, constatar los otros aspectos de índole subjetivo consagrados en la primera ley citada⁸, básicamente por tres razones:

1. La Ley 750/02 es especial en cuanto a la regulación de la pena privativa de la libertad y prima sobre la general que es la Ley 906 de 2004, que en su artículo 314 regula lo atinente es a las medidas de aseguramiento.
2. El tratamiento más benévolo establecido en el numeral 5 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004 solo puede justificarse en la medida en que no se ha desvirtuado aún la presunción de inocencia.
3. No es posible desligar del análisis de procedencia de la prisión domiciliaria para el padre o madre cabeza de familia, las condiciones personales del procesado que

⁷ Radicados 22453 de 2008, 22453; 29940 y 30106 de 2009 y, 32864 de 2010, entre otras.

⁸ Radicado 35943 de 22 de junio de 2011 M.P. Julio Enrique Socha Salamanca

permitan la ponderación entre **los fines de la ejecución de la pena o de las medidas de aseguramiento** con las circunstancias del menor de edad que demuestre la relevancia de proteger su derecho.

Al respecto, considera esta Sala de Decisión que los dos primeros fundamentos de la Corte resultan problemáticos porque en realidad en el numeral 5 del artículo 314 y en el 461 del Código de Procedimiento Penal, se regula de manera especial la situación de las madres y padres cabeza de familia respecto no solo de la detención sino también de la prisión domiciliaria, pero el tercer argumento traído por ese Alto Tribunal, sí constituye una razón con suficiente peso jurídico, teniendo en cuenta que el artículo 314 Procesal no es una norma imperativa, sino que para su aplicación el juez debe hacer un análisis sistemático y abarcar el examen de los fines de la pena y de las medidas de aseguramiento que, en todo caso, remite al estudio del artículo 1 de la Ley 750 de 2002 que establece:

“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...”

Es así como, de conformidad con el análisis precedente, el juez de instancia, al momento de conceder tanto la detención como la prisión domiciliaria debe consultar los fines de la medida de aseguramiento y de la pena, respectivamente, lo cual conlleva necesariamente, además, el análisis subjetivo (personalidad y antecedentes) que establece la Ley 750 de 2002, por lo que se considera que en este preciso aspecto la Ley 906 de 2004 no derogó la ya mencionada Ley 750.

Así lo estableció la Corte Suprema de Justicia:

2.2.2. Por su parte, es imposible escindir de la pena privativa de la libertad una valoración concerniente a sus funciones, y en ella las circunstancias relativas al autor del injusto (que en un sentido más amplio hacen parte del juicio de reproche individual como principio rector de la categoría de la culpabilidad) son necesarias a la hora de determinar judicialmente su efectiva ejecución.

Esto es así de acuerdo con el artículo 4 del Código Penal, norma rectora que en tanto tal prevalece sobre las demás disposiciones y rige para la interpretación de todo el sistema. Esta norma estatuye, a modo de fines de la pena, los de prevención general, retribución justa, protección al condenado, prevención especial y reinserción a la sociedad, siendo estas dos últimas *“las que operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión”*.

Por ello, la Sala ha contemplado que, para la concesión de la prisión domiciliaria, los fines de la pena constituyen tanto la razón como el horizonte por el cual es deber del funcionario estudiar las condiciones relativas al *“desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado”*, de que trata el artículo 38 del Código Penal:

En conclusión, salvo la prohibición acerca de ciertos delitos en específico, todas las exigencias traídas por el artículo 1 de la Ley 750 de 2002, están plenamente vigentes como quiera que las mismas necesariamente deben acompasarse con las finalidades de las penas y de las medidas de aseguramiento, las cuales a su vez se deberán ponderar con el interés superior de los menores, para que las decisiones que se tomen al respecto resulten legales y justas, tal como bien lo plantea la Corte Constitucional, que al respecto manifestó:

“[...] los derechos de las niñas y los niños, pese a su especial protección, dentro de un estado social y democrático de derecho como el colombiano tienen límites como cualquier otra garantía constitucional. Concretamente, la jurisprudencia constitucional ha indicado que uno de esos límites se encuentra cuando la madre solicita que se le conceda el derecho de detención domiciliaria, y a pesar de que eso sea lo mejor para sus hijos, se le niega por representar ello un peligro o una amenaza grave para la paz y tranquilidad de la sociedad [...]

”De esta manera, la jurisprudencia constitucional considera, por una parte, que es legítimo para el legislador introducir derechos en materia penal a mujeres que se encuentran privadas de la libertad, como por ejemplo la prisión domiciliaria; pero por otra, considera que no concederla a una mujer cabeza de familia, cuando ésta pone en riesgo la seguridad de la comunidad y puede representar una amenaza para los derechos de los asociados, es legítimo, porque es constitucional restringir esa posibilidad en tales condiciones.”⁹

⁹ Sentencia C-184 de 2003

En ese mismo sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en la pluricitada sentencia radicado 35943 del 2011:

“(..). Es decir, el debido respeto al interés superior del menor no implica un reconocimiento mecánico, irrazonable o autoritario de sus derechos. Y dejar como único requisito de la detención o prisión domiciliaria para los padres o madres cabeza de familia la constatación de la simple condición de tal convierte en absoluto el derecho del menor a no estar separado de su familia, y además lo hace en detrimento de unos institutos (la detención preventiva en centro de reclusión y la ejecución de la pena en establecimiento carcelario) que no sólo atienden a principios y valores constitucionales (como la paz, la responsabilidad de los particulares y el acceso a la administración de justicia de todos los asociados), sino que deben ser determinados por las circunstancias personales del agente, motivo por el cual tienen que ser ponderadas en todos los casos.

Ahora bien, es importante decir también que la naturaleza y gravedad de la conducta cometida es un baremo más para analizar la personalidad del enjuiciado, que para el caso en concreto tiene que ver con *“desempeño personal, laboral, familiar o social del infractor”*, como de manera afortunada lo expuso la Corte Constitucional:

“En concepto de esta Sala, el análisis de la personalidad de quien solicita una libertad condicional implica tener muy en cuenta y, de consiguiente, valorar la naturaleza del delito cometido y su gravedad, ya que estos factores, ciertamente, revelan aspectos

esenciales de la “*personalidad*” del reo y por ende, hacen parte de los “*antecedentes de todo orden*”, que el Juez de Penas y medidas de Seguridad debe valorar positivamente, al efectuar su juicio acerca de si existen razones fundadas que permitan concluir que se ha verificado su “*readaptación social*”.

Ciertamente, este ha sido el alcance dado en jurisprudencia decantada y uniforme tanto de la Sala Plena de la Corte Constitucional, como de la Sala Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, al factor subjetivo que prevé el artículo 72 del Código Penal, conforme a la cual es indispensable la consideración tanto de la modalidad del delito cometido como de su gravedad, en el juicio de valor, que debe ser favorable sobre la readaptación social del sentenciado, para que pueda concedérsele la libertad condicional.”¹⁰

7.2.2.1. Del caso concreto

En el presente asunto el señor **Luis David Fagua Henao**, por medio de su apoderado judicial, deprecó en el decurso de la actuación procesal y en esta segunda instancia la concesión de la prisión domiciliaria por ser la persona que se encarga del cuidado y manutención de su señora madre.

Es menester anotar que la defensa del encartado no hizo ningún aporte de elementos que sustentaran probatoriamente su petición, limitándose la abogada a explicar en el curso de la audiencia de individualización de la pena y en este recurso que su prohijado era una persona sin antecedentes judiciales, que no

¹⁰ Sentencia T-528 de 2000

representaba un peligro para la comunidad, que había colaborado con la justicia y que era el encargado de la manutención y cuidado de su madre, quien se vería en riesgo si este sujeto fuese recluido formalmente para cumplir la pena impuesta.

Revisado con detenimiento los argumentos expuestos por la defensora del procesado, refulge nítido para la Sala que la prisión domiciliaria por padre cabeza de hogar, tal como lo determinó el *a quo*, no es susceptible de prosperidad en su otorgamiento.

La razón de ser de lo anterior estriba en que, con la ausencia de elementos de juicio que acreditaran dicha condición en cabeza del acusado y la consecuente falta de respaldo a los dichos de la defensora, no se logra establecer que la madre del señor **Fagua Henao**, tenga una dependencia absoluta de este para su cuidado y manutención, aspectos que estaba en el deber de acreditar con suficiencia, esto es, que la dama dependía de manera total y exclusiva del procesado.

En efecto, no existen medios de prueba que permitan a la Sala establecer que la señora en cita quede totalmente desprotegida con la reclusión intramural de su hijo y que no existen otros miembros de la familia que estén en la posibilidad de brindar el acompañamiento y los cuidados que esta requiere.

Además, los otros aspectos reseñados en el recurso atinentes al buen comportamiento social del encartado y su ausencia de antecedentes, resultan impertinentes para otorgarle a este la especialísima calidad de ser el sostén único y absoluto de su

madre lo cual, se itera, sería el requisito ineludible para acceder al sustituto deprecado.

Por lo anterior, deviene diáfano no existen en el plenario pruebas que suministren con certeza que, en realidad, el acusado ostente la condición de padre cabeza de familia en los precisos términos que lo exige la jurisprudencia y la ley.

Por estas simples, pero contundentes razones es que ahora la Sala debe ratificar la negativa de la prisión domiciliaria por cabeza de familia que decidió el juez *a quo*, en consecuencia, se confirmará la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Primero Penal Municipal de Bello Antioquia, el día 11 de diciembre de 2023, respecto del señor **Luis David Fagua Henao**.

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

7. RESUELVE:

Primero: RECHAZAR por indebida sustentación el recurso promovido, respecto a la negativa de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, por lo explicado en las consideraciones de este proveído.

Segundo: CONFIRMAR ÍNTEGRAMENTE la sentencia del 11 de diciembre de 2023 proferida por el Juzgado Primero Penal Municipal de Bello, Ant. que negó al señor **Luis David Fagua**

Henao la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

Tercero: La presente decisión es susceptible del recurso de casación en los términos de ley.

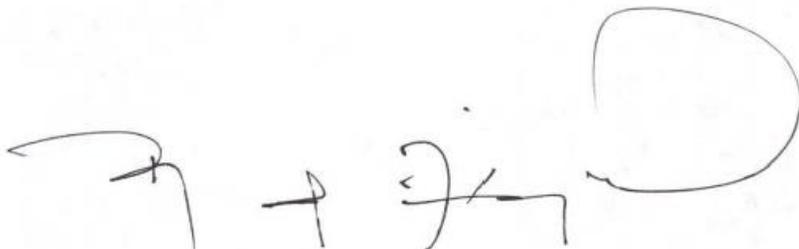
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO
Magistrado



RICARDO DE LA PAVA MARULANDA
Magistrado



RAFAEL MARÍA DELGADO ORTIZ
Magistrado

Firmado Por:

Leonardo Efrain Ceron Eraso
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Ricardo De La Pava Marulanda
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Rafael Maria Delgado Ortiz
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **8f08fea8ea36ab20e7578fe58f3a2d0a0637322d643dddb0c0439359794cf2ad**

Documento generado en 19/04/2024 04:23:48 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>