



SALA PENAL

Medellín, miércoles veinticinco (25) de enero de dos mil veintitrés (2023)

Aprobado en la fecha, acta Nro. 10

Sentencia de segunda instancia Nro. 6

Radicado: 05-212-60-00201-2022-00169

Acusados: Luís Mariano Sierra Rincón y otros

Delito: Concierto para delinquir agravado, maltrato

*Animal, ilícito aprovechamiento de recursos naturales
renovables*

Magistrado ponente: César Augusto Rengifo Cuello

Lectura: jueves veintiséis de enero de 2023. H: 08:00 a.m.

Decide la Sala el recurso vertical de apelación interpuesto por la defensa de LUÍS MARIANO SIERRA RINCÓN, contra la sentencia proferida vía preacuerdo por la Juez Tercera Penal del Circuito Especializado de Medellín el 13 de diciembre de 2022, contra el prenombrado acusado como responsable del delito de Concierto para delinquir agravado y maltrato animal, siendo motivo de inconformidad la negativa de concederle la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia.

EPÍTOME FÁCTICO

Por información legalmente obtenida la Fiscalía General de la Nación conoció de la existencia de una organización delincuencia que en los Municipios de Magangué, Barbosa, Girardota y Medellín, desde el mes de agosto del 2021 al 8 de abril del 2022, los señores ALEXIS ALONSO BARRIOS conocido con el ALIAS BARRITA o EL DIABLO, JUAN DANIEL ECHAVARRIA BLANDON,

DIANA MARIA ECHAVARRIA BLANDON, CARLOS ENRIQUE RAMOS CASTILLEJO ALIAS CARLOS MAGANGUE, LUIS ALBERTO CABALLERO MIRANDA ALIAS LUCHO PESCADO, LUCHO CABALLERO O FELIPE, OMAR HUMBERTO HERNANDEZ ECHEVERRY, JONATHAN HECDIVER URIBE PELAEZ, LUIS MARIANO SIERRA RINCON, se han concertado a través de múltiples llamadas telefónicas para obtener, transportar y luego vender en otras ciudades a fin de obtener provecho de recursos naturales no renovables, concretamente del recurso faunístico como tortugas hico teas y morrocoy, loros, guacamayas, babillas, serpientes, entre otros.

Concretamente en el caso del patrocinado del apelante se pudo establecer además que entre los Municipios de Magangué y Barbosa, El día 23 de noviembre de 2021, el ciudadano ALEXIS ALONSO BARRIOS RIVAS requiere a LUIS ALBERTO CABALLERO MIRANDA, para el envío de especies de la fauna silvestre Colombiana, dos de ellas son conseguidas por el inculpado, las cuales corresponden a dos loros frente amarillas, consiguiendo además consigue una boa constrictor, especies que fueron embaladas en una caja y transportadas por OMAR HUMBERTO HERNANDEZ ECHEVERRI, en el camión de placas WOL 510. Estas especies fueron aprehendidas por la Policía Ambiental en el sector de Paulandia km 23 +100, jurisdicción del municipio de Barbosa corregimiento El Hatillo.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. Los días 8 y 11 de abril de 2022 ante el Juzgado 27 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín se llevaron a cabo las audiencias concentradas, quien declaró legal los procedimientos de captura, imputación y medida de aseguramiento, entre otros, de LUIS MARIANO SIERRA RINCON por los delitos de concierto para delinquir agravado, art. 340 inciso 2 del C. Penal, ilícito aprovechamiento de recursos naturales renovables, art. 328 *ibid.*, y maltrato animal art. 339A *eiusdem*.

2. El 13 de diciembre de 2022 la Fiscalía 02 Especializada, sometió a consideración de la judicatura el preacuerdo suscrito entre los imputados, para el caso, con LUÍS MARIANO SIERRA RINCÓN, por los delitos de CONCIERTO

PARA DELINQUIR AGRAVADO, consagrado en el artículo 340 inciso 2 del C.P., APROVECHAMIENTO ILÍCITO DE LOS RECURSOS NATURALES RENOVABLES consagrado en el artículo 328 del C.P., y MALTRATO ANIMAL artículo 339A del C.P., pactándose 4 años por el concierto para delinquir agravado, 1 mes por el aprovechamiento ilícito de recursos naturales renovables y 1 mes por el maltrato animal, quedando como pena definitiva la de CUATRO (4) AÑOS Y DOS (2) MESES DE PRISIÓN Y MULTA DE 1.419.5 SMLMV, sin derecho a la subrogados o beneficios penales por expresa prohibición legal, según el art. 68A del C. Penal. el cual fue modificado por el artículo 32 de la ley 1709 de 2014.

3. El fallo condenatorio fue leído el 13 diciembre de 2022.

4. La anterior decisión dejó inconforme a la defensa del condenado LUÍS MARIANO SIERRA RINCÓN, cuyo letrado interpuso y sustentó el recurso vertical de apelación de manera oral dentro de la misma audiencia, siendo motivo de disenso el no reconocimiento de la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia.

5. Realizado el respectivo reparto le correspondió a esta Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín conocer en segunda instancia el asunto que nos convoca.

DE LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

Agotado el respectivo control de legalidad de la actuación, una vez verificada la existencia de un mínimo de prueba para condenar y aprobado los términos del preacuerdo logrado entre las partes, y lo que hace a la manifestación de voluntad del procesado libre de todo vicio, para lo que nos interesa, estimó la funcionaria que en virtud de la expresa prohibición legal del art. 68A del Estatuto Represor. Modificado por la Ley 1709 de 2014, en el caso presente no proceden subrogados ni beneficios penales. Destacando que el abogado RAFAEL CAMPO refiere respecto LUÍS MARIANO SIERRA RINCÓN, que es un hombre de 40 años de edad, padre de 5 hijos, se dedica a la docencia y no registra antecedentes, solicitando en consecuencia la posibilidad de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Explicando en audios igualmente que en el caso de la posibilidad de conceder la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia, que no basta con que el procesado tenga hijos menores de edad, se deben cumplir con una serie de exigentes requisitos de orden legal y jurisprudencial para el reconocimiento de tal condición y del beneficio reclamado, entre otras, la deficiencia sustancial para proveer los cuidados requeridos por aquellos para su manutención y cuidados de la que hablan los altos tribunales, la ausencia de una familia extensa que pueda irrogar tales cuidados, entre muchos otros.

Sin embargo, en esta ocasión el defensor tan solo mencionó la existencia de dichos menores, no alegó ni demostró en el traslado del art. 447 del C.P.P. la condición de padre cabeza de familia de su patrocinado, pues en la actual sistemática no basta con que en etapas anteriores y ante los jueces de control de garantías se haya logrado la detención domiciliaria alegando dicha circunstancia, obteniendo incluso permiso para laborar.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Señala el censor que desde las audiencias concentradas su patrocinado venía disfrutando de permiso para laborar como docente y se encontraba en detención preventiva domiciliaria al haber demostrado ante juez de control de garantías y con los elementos arrimados al expediente que es padre cabeza de familia, y como tal sus hijos menores de edad dependen del procesado para subsistir.

En este sentido considero que era superfluo ingresar nuevamente los registros de nacimiento de los menores, estimando además que en razón a que era deber de la Fiscalía General de la Nación en cabeza de su delegada, el correr traslado del sumario la judicatura debió haber conocido dicha circunstancia y las evidencias de la misma, valorando el hecho que ya había sido reconocida la condición de padre cabeza de familia de su apadrinado, insistiendo en este debe continuar en prisión domiciliaria pues además no ha incumplido con la medida impuesta ni con el permiso para laborar, en caso contrario se pone en riesgo la vida de sus menores hijos, iterando así mismo, en que el ente persecutor debió colocar el expediente completo a disposición de la judicatura de primer grado.

INTERVENCIONES COMO NO RECURRENTES

1. La delegada de la Fiscalía refiere que en la actual sistemática acusatoria, adversarial o de partes los sujetos procesales deben realizar la solicitud de la prisión domiciliaria como padres de familia en el momento procesal oportuno. En este caso lo que la defensa logró ante el juez de control de garantías fue la concesión de la detención preventiva, siendo menester que argumentara adecuadamente y probara ante el juez de conocimiento la alegada condición de su patrocinado con miras a que se le reconociera el mecanismo alternativo y no lo hizo. Esto es, que los menores están bajo el cuidado exclusivo del condenado, ateniéndose simplemente en la audiencia del art. 447 de la ley 906/04 a señalar que aquel tenía 2 hijos, cuando era menester demostrar que se encuentran en estado de total indefensión y desprotección, que no cuenta con familia extensa, en general no argumentó en los términos que demanda la ley 1098 por lo que solicita que se confirme la decisión recurrida.

2. Al igual que su antecesora el señor delegado del Ministerio Público solicita que se confirme el fallo recurrido, coincidiendo con aquella en que este es un sistema de partes, adversarial en el que los sujetos procesales deben probar sus afirmaciones en cada momento procesal, en el que no opera el principio de permanencia de la prueba, sin otra opción para la a quo acorde al devenir procesal de este caso que negar la prisión domiciliaria deprecada sin argumentar ni probar lo correspondiente en sede de conocimiento, subsistiendo en todo caso la posibilidad de aquilatar lo propio ante los JEPMS, coincidiendo igualmente en que la petición aquí analizada es un acto de parte y en audiencia del art. 447 del C.P.P. el impugnante se limitó a alegar que su representado tiene la condición de padre cabeza de familia sin probar lo pertinente.

CONSIDERACIONES EN ORDEN A PROVEER

La competencia de la Sala se restringe en esta oportunidad, en atención al factor funcional y de acuerdo con lo señalado en los artículos 20 y 33.1 de la Ley 906 de 2004, a decidir sobre los pedimentos elevados por el recurrente, y aquellos aspectos que sean inescindibles al tema objeto de impugnación, así mismo, los atinentes a la garantía de los derechos fundamentales de las partes y demás sujetos procesales.

Huelga señalar además que en la presente actuación observa este cuerpo colegiado que 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, a lo que se suma que no se puede agravar en esta instancia la situación del acusado como quiera que su defensa técnica actúa como único apelante, ello, en atención a la garantía consagrada en el inc. 2° del canon 31 de la Carta e inc. 2° del canon 20 del Estatuto Procedimental Penal.

De acuerdo a la problemática propuesta a este colegiado y como acostumbra la Sala en este tipo de casos, resulta oportuno indicar que dada la especial relación de sujeción que se presenta entre las personas privadas de la libertad y el Estado, es sabido que aquellas deben soportar algunas limitaciones en sus derechos; sin embargo, existen algunos que dado su carácter de fundamental no pueden sufrir restricciones en su ejercicio, ni siquiera en las condiciones que soportan los reclusos derivadas de las especiales relaciones jurídicas de sujeción respecto de las autoridades carcelarias y penitenciarias.

Entre los derechos que pueden sufrir restricciones se encuentra el de la libertad personal. Así, a voces del art. 296 de la Ley 906 de 2004, podrá ser afectada dentro de la actuación procesal, a través de las medidas de aseguramiento, cuando sea necesario para evitar la obstrucción de la justicia, asegurar la comparecencia del imputado al proceso o proteger a la comunidad y las víctimas.

Obviamente, huelga decirlo, también para el cumplimiento de la pena de prisión que finalmente le sea impuesta al procesado que resiste el poder punitivo estatal y las drásticas consecuencias que devienen de la imposición de penas y sanciones penales, principalmente de aquellas restrictivas de la libertad de locomoción.

Bajo este panorama cabe precisar que tras escuchar la exposición de los motivos por los que el impugnante sustenta el recurso de apelación es evidente que la censura gravita 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 tal como se dijo más arriba la trasgresión de los derechos o garantías fundamentales de los sujetos procesales.

Al respecto vale iniciar el análisis de fondo de la cuestión así planteada indicando que el prerrequisito básico para considerar la aplicación del beneficio pretendido con base en la condición de madre o padre cabeza de familia, o de jefe del hogar, consiste en su previa y eficaz acreditación.

El siguiente es el marco legal y jurisprudencial que a nivel interno resulta relevante en la materia.

Artículo 1º de la Ley 750 de 2002, el cual señala:

“ARTÍCULO 1o. La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá, cuando la infractora sea mujer cabeza de familia, en el lugar de su residencia o en su defecto en el lugar señalado por el juez en caso de que la víctima de la conducta punible resida en aquel lugar, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

Que el desempeño personal, laboral, familiar o social de la infractora permita a la autoridad judicial competente determinar que no colocará en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo, hijos menores de edad o hijos con incapacidad mental permanente.”

A su vez el concepto de lo que debe entenderse como mujer cabeza de familia es desarrollado por la Ley 82 de 1993 señalando el legislador:

“ARTICULO 2o. Para los efectos de la presente ley, entiéndase por "Mujer Cabeza de Familia", quien siendo soltera o casada, tenga bajo su cargo, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o **deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.**”

Normativa a su vez modificada por el artículo 1º de la Ley 1232 de 2008 de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 1o. El artículo 2o de la Ley 82 de 1993 quedará así:

Artículo 2o. Jefatura femenina de hogar. Para los efectos de la presente ley, la Jefatura Femenina de Hogar, es una categoría social de los hogares, derivada de los cambios sociodemográficos, económicos, culturales y de las relaciones de género que se han producido en la estructura familiar, en las subjetividades, representaciones e identidades de las mujeres que redefinen su posición y condición en los procesos de reproducción y producción social, que es objeto de políticas públicas en las que participan instituciones estatales, privadas y sectores de la sociedad civil.

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

Sobre los elementos que integran el concepto de **madre cabeza de familia**, resulta imprescindible recordar lo dicho por la Corte Constitucional en sentencia SU-388 de 2005:

“En efecto, para tener dicha condición, es presupuesto indispensable (i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no solo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquella se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental ó, como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar.

Así pues, la mera circunstancia del desempleo y la vacancia temporal de la pareja, o su ausencia transitoria, por prolongada y desafortunada que resulte, no constituyen elementos a partir de los cuales pueda predicarse que una madre tiene la responsabilidad exclusiva del hogar en su condición de madre cabeza de familia”.

Es decir que para alegar que se es madre o padre cabeza de familia, conforme a lo establecido en la ley 82/93 modificada por la ley 1232 de 2008, es menester probar que:

- a) *Se tiene bajo su cargo, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, psíquica o moral de cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.*
- b) *Se tiene bajo su cargo, económica o socialmente, en forma permanente, otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.*

En el mismo sentido, en la Sentencia con radicado 35.943 del 22 de junio de 2011 de la Corte Suprema de Justicia expuso que el aspirante a esta clase de mecanismo sustitutivo de la prisión en centro penitenciario debe cumplir a cabalidad con los supuestos, bien sea de la ley 750 de 2002, como los del artículo 38 del C. Penal. Modificado por el artículo 22 de la ley 1709 de 2014.

*Como lo enseña la normatividad transcrita y la jurisprudencia vista, al examinar el artículo 2° de la Ley 82 de 1993. Modificado por el artículo 1° de la Ley 1232 de 2008. Se tiene entonces que para adquirir la protección reconocida en principio a la mujer cabeza de familia y que se ha extendido al padre cabeza de familia, se requiere no sólo tener a cargo al hijo menor en forma permanente, o a otro integrante de la familia que no pueda valerse por sí o trabajar, también la ausencia continua o la incapacidad de diverso tipo del otro cónyuge o compañero permanente, y estar privado de la: “ayuda de los demás miembros del núcleo familiar”; que subsista lo que la jurisprudencia denomina **insuficiencia sustancial**, o de otra forma dicho, ausencia, para el caso que nos convoca, de un núcleo familiar extenso que pueda asumir la tarea de protección de las personas a cargo del sentenciado que por sus especiales condiciones no pueden velar por su propia subsistencia y cuidado.*

Es decir, que el estado de abandono o absoluta desprotección, es una situación fáctica que por sus inminentes consecuencias negativas para dichos sujetos de especial protección constitucional, tal como se reseña en la Ley 82 de 1993, debe estar presente y demostrada para efectos de aquilatar la condición de padre o madre cabeza de familia, que se requiere como necesaria e ineludible con miras a acceder al mecanismo alternativo de la prisión domiciliaria en virtud

de lo consagrado en la Ley 750 de 2002 y los artículos 314.5 de la Ley 906/04, además de lo dispuesto en el canon 461 *ibid*.

Igualmente, debe advertir la Sala, tal como lo hace la Corte Constitucional, que los titulares del beneficio que implica el reconocimiento de la prisión domiciliaria realmente deben merecerlo, precaviendo de esta forma que dicha posibilidad legal se utilice como estratagema para aminorar la drasticidad y el rigor de la reclusión en centro penitenciario, debiéndose en todo caso partir de lo que sea mejor para el niño, niña o adolescente, y de los adultos a cargo del sentenciado que no puedan velar por su propio cuidado y se encuentren imposibilitados para trabajar; tener como punto de referencia ese interés superior de estos individuos de especial protección constitucional, que de otra manera quedarían en una delicada situación de desprotección que no puede permitir el Estado.

Pero incluso yendo más allá, 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 alternativo de la prisión domiciliaria, aún a madres o padres cabeza de familia, se requiere del análisis de otros aspectos diferentes a la acreditación de la calidad de persona cabeza de hogar: “Sin embargo, invocando la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como de esta Corporación, además se precisó que los derechos de los menores no son absolutos, de modo que para otorgar del instituto de la prisión domiciliaria es necesario evaluar otro tipo de factores, como el subjetivo.” (CSJ, SP AP del 20 de nov. 2013, Rad. 42385.)

En este orden, es necesario examinar, entre otros, la gravedad y modalidad del delito.

“Sin embargo, de manera acertada y a partir de antecedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional (CC, SU 388/05 y C-154/07) y de esta Corporación (CSJ SP, 22 jun. 2011, rad. 35943, 2 dic. 2008, rad. 30872; 10 mar. 2009, rad. 31381, 3 jun. 2009, rad. 29940; y 30 sep. 2009, rad. 30106), determinó la improcedencia de la concesión de la prisión domiciliaria, a partir de valorar la naturaleza del delito de tráfico de estupefacientes por el que se promovió la acción penal, las circunstancias modales en que fue realizado por la acusada, su arraigo social, laboral, sus condiciones

personales y las condiciones de vulnerabilidad en que quedarían sus hijas menores de edad bajo su cuidado.”¹

En términos más generales, en criterio del alto tribunal se precisa valorar, además de la condición de cabeza de familia, los antecedentes del procesado y la naturaleza de la conducta reprochada.

“Sin embargo, en punto de la recurrente reclamación consignada en la demanda, es del caso recordar que tratándose del instituto de la prisión domiciliaria por la condición de cabeza de familia, tiene dicho la Corte que no basta con la acreditación de esa calidad personal, haciéndose necesaria la valoración de los antecedentes del interesado y la naturaleza de la conducta objeto de condena, en tanto el juez se encuentra obligado a ponderar las razones concernientes al interés superior del menor frente a las atinentes con los fines de la ejecución de la pena, en aras de determinar si el mayor peso abstracto de uno de los principios en pugna se impone sobre el otro.

Al respecto, debe aclararse que esta Corporación sobre dicho asunto ha precisado:

Sea del caso señalar que, como lo reconoció la Sala en CSJ SP, 9 agos. 2015, rad. 45853, la comprensión jurisprudencial de las condiciones para acceder a la prisión domiciliaria (y también a la detención domiciliaria, se añade) ha variado en el tiempo. Así en CSJ SP, 26 jun. 2008, rad. 22.453, decisión reiterada en CSJ SP, 3 jun. 2009, la Corte consideró suficiente, a partir de la interpretación sistemática de lo dispuesto en la Ley 750 de 2002 y en los artículos 314 y 461 de la Ley 906 de 2004, la acreditación de la condición de padre o madre cabeza de familia, sin necesidad de valorar los antecedentes del interesado ni la naturaleza del delito objeto de condena.

La Sala, sin embargo, recogió ese criterio en CSJ SP, 22 jun. 2011, rad. 35943, pronunciamiento en el cual sostuvo que el otorgamiento de la figura sólo procede ante la satisfacción concurrente de todas las condiciones previstas en la Ley 750 de 2002, a saber: i) que el condenado, hombre o mujer, tenga la condición de padre o madre cabeza de familia; ii) que su desempeño personal, laboral, familiar y social permita inferir que no pondrá en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo; iii) que la condena no haya sido proferida por alguno de los delitos allí referidos y; iv) que la persona no tenga antecedentes penales.”²

Finalmente, Huelga señalar que también desde el derecho internacional se

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

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

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, inadvirtió el libelista lo descrito por el mismo instrumento internacional, que a la letra dice:

Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra su voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. (...) Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento (...). (Subraya de la Sala).

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

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

la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño (artículo 9.4).

Igualmente, el profesional del derecho inobservó que ninguno de los postulados rectores de la mentada Ley 1098 consagra la exótica regla creada por él, pues, a lo sumo, está regulado el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella, pero, esto siempre y cuando se garanticen las condiciones para la realización y el ejercicio del mismo (canon 22), como sucede en el caso de la especie, en el que los juzgadores determinaron que no era viable la concesión de la prisión domiciliaria a la acusada -tres veces condenada por el mismo reato-, justamente, en protección integral a los derechos de los niños que ella tenía bajo su custodia y cuidado.”³

Como lo enseña el anterior recuento legal y jurisprudencial, es claro que en primer lugar se debe acreditar la condición de cabeza de hogar, y en segundo orden no se puede aspirar al reconocimiento del mecanismo sustitutivo a espaldas de las condiciones particulares del procesado, las circunstancias que rodearon la comisión de la conducta punible su modalidad y gravedad; es decir, de ese aspecto subjetivo al que se refiere la jurisprudencia, debiendo insistir la Sala que en caso de una eventual separación familiar, específicamente entre los padres y sus hijos menores de edad, tal consecuencia negativa no sería el resultado de un acto arbitrario, caprichoso, o abusivo por parte de la administración de justicia, sino del comportamiento y actuar contrario al ordenamiento jurídico, concretamente frente a la normatividad penal desplegado por el agente, de manera que desde la legalidad, pero también desde la esfera de la legitimidad la división del núcleo familiar estaría plenamente justificada.

Aplicados entonces los derroteros vistos en precedencia al concreto caso de LUÍS MARIANO RIERRA RINCÓN, surge evidente que ni siquiera se acreditó como era debido ante la juez de conocimiento la existencia de sus menores hijos, o que en el eventual caso que así fuera, cumpla con el requisito de la ausencia sustancial de otros individuos pertenecientes al grupo familiar extenso e incluso cercano que lleve a predicar que se encuentran en un estado tal de desprotección que indefectiblemente pueda catalogarse como absoluta y tan precario que demande la concesión del mecanismo alternativo, como último y extremo recurso para salvaguardar finalmente los derechos del mencionado sujeto de especial protección constitucional y no para premiar de alguna manera

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

al procesado sustrayéndolo de los rigores ínsitos al descuento de la pena de prisión en centro de reclusión, lo que de suyo torna innecesario cualquier elucubración extra sobre el particular.

En este punto cabe recordarle al censor, y en ello encuentra la Sala que los no recurrentes como la funcionaria de primera instancia tienen toda la razón, es sabido que en la actual sistemática con tendencia acusatoria y para lo que nos convoca se aplica a cabalidad aquello del art. 177 del C.P.C. según el cual: “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho que las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen...”

De otra forma dicho, que para la concesión de mecanismos alternativos como el aquí analizado no basta con que ante otro juez se arrimaran elementos para analizar la condición de padre cabeza de familia, y se considere en consecuencia y para utilizar las palabras del censor “superfluo” argumentar y demostrar lo pertinente, considerando que ya se ha cumplido con dicha tarea y que su contraparte además debe asumir una carga que a todas luces le asiste en este caso a la defensa, trasladando la documentación de rigor, coincidiendo la Sala con los sujetos procesales en que para demostrar ante el director del juicio el vacilar aspecto aquí ventilado resultaba propicio la audiencia del art. 447 del C.P.P.; más el letrado se conformó con manifestar a secas que su patrocinado era padre de unos menores de edad, lo que según las reflexiones jurisprudenciales traídas a colación no resulta suficiente para el reconocimiento de la gracia pretextada.

Adicionalmente y no menos importante y decisivo, debe quedar claro que tampoco puede pasar inadvertido para la Sala que en el sub iudice opera la expresa prohibición legal por cuanto uno de los delitos por los que se emitió condena en contra del procesado se encuentran enlistados en el inc. 2º del art. 68A del C. Penal, que prohíbe conceder este tipo de mecanismo, entre otros, a quienes incurran en el delito de concierto para delinquir por lo que no es posible aplicar una hermenéutica jurídica eximente de la expresa prohibición legal para conceder el mecanismo consagrado en el art. 314.5 de la ley 906/04, obviando la literalidad de la prohibición contenida en el aludido dispositivo del C. Penal, en el que se observa que el legislador fue cuidadoso al excluir a ciertos delitos, entendiendo

esta Magistratura que, al establecer tal precisión, pretendió que el operador jurídico respetara su tenor literal.

Al respecto vale significar que el creador de la Ley 1709 de 2014, al regular las prohibiciones, trató de ser claro y obvio, incluso fue tanta la especificidad al redactar este dispositivo, que se tomó el trabajo de enlistar un grupo de conductas punibles por considerarlas conductas de extrema gravedad para la vida en sociedad, y en todo caso no se argumentó ni demostró lo pertinente en orden a entender cumplidos los requisitos para materializar la posibilidad de que trata el art. 314.5 de la ley 906/04.

Asimismo, debe insistir la Sala en que tal como lo hace la Corte Constitucional, los titulares del derecho a la prisión domiciliaria realmente deben merecerlo, precaviendo de esta forma que se utilicen estratagemas para acceder al mecanismo sustitutivo con miras a evadir los rigores inherentes al descuento de pena en centro de reclusión, debiéndose en todo caso partir de qué es lo mejor en cada situación particular para el niño, niña o adolescente, en casos de hijos menores de edad, o personas adultas que estando bajo el cuidado del condenado no puedan valerse por sí mismas y que en últimas se encuentren imposibilitados para trabajar evidenciando una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del grupo familiar, teniendo siempre como norte el interés superior de estos individuos de especial protección constitucional, aunado al necesario análisis de las efectivas circunstancias que rodean el caso y que realmente dependan por todo y para todo del sentenciado, sin excepciones ni el auxilio de otros integrantes de la familia cercana o extensa.

De esta forma, se insiste, no puede convertirse la prisión domiciliaria que se concede con base en la condición de jefe de hogar, en una medida manipulada estratégicamente en provecho de la madre o padre condenado que de esta manera logra cumplir la privación de la libertad en su lugar de residencia, alegando como fachada el interés superior de los sujetos de especial protección constitucional para evadir los rigores inherentes a la reclusión en centro penitenciario.

Aunado a lo anterior, tal como se expuso en cuartillas anteriores de esta decisión y con apoyo en la jurisprudencia especializada, frente al instituto de la

prisión domiciliaria por la condición de madre o padre cabeza de familia, además de la demostración de dicha condición personal del agente, esto es, de la jefatura del hogar, es menester analizar en cada caso los antecedentes del procesado y la naturaleza de la conducta reprochada, de lo cual ya expuso algo párrafos más arriba, mediante un ejercicio de ponderación de las: "...razones concernientes al interés superior del menor frente a las atinentes con los fines de la ejecución de la pena, en aras de determinar si el mayor peso abstracto de uno de los principios en pugna se impone sobre el otro."

Y es que en criterio que se impuso al interior alto tribunal, no basta con la simple demostración de aquella, concluyendo que: "el otorgamiento de la figura sólo procede ante la satisfacción concurrente de todas las condiciones previstas en la Ley 750 de 2002, a saber: i) que el condenado, hombre o mujer, tenga la condición de padre o madre cabeza de familia; ii) que su desempeño personal, laboral, familiar y social permita inferir que no pondrá en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo; iii) que la condena no haya sido proferida por alguno de los delitos allí referidos y; iv) que la persona no tenga antecedentes penales."⁴

Conforme a los derroteros vistos, es menester señalar que en términos generales puede decir esta Sala que la evaluación del caso para el reconocimiento del mecanismo alternativo arroja un resultado negativo por lo que se procederá en consecuencia a confirmar en su integridad el proveído impugnado por la defensa del condenado.

*En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,*

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia condenatoria de primera instancia proferida por la Juez Tercera Penal del Circuito Especializado de

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

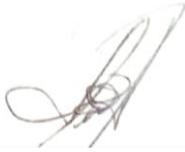
Medellín en el caso del rubro, acorde a los motivos analizados en la parte considerativa de este proveído.

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.

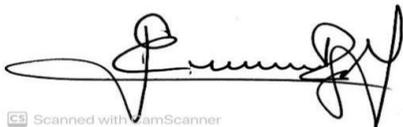
TERCERO. Esta sentencia queda notificada en estrados.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los Magistrados⁵,



CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO


Scanned with CamScanner

LUÍS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ


JOSE IGNACIO SANCHEZ CALLE
Magistrado

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE

⁵ El presente proveído se suscribe de conformidad con lo previsto en el art. 11 del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, por cuya virtud se autoriza la “firma autógrafa mecánica, digitalizadas o escaneadas”.