Proceso: 110016000050 **2022-73580**
Delito: Extorsión agravada
Acusados: Hideyuki Kobayashi y Noralba Vargas Sánchez
Procedencia: Juzgado 3º Penal del Circuito especializado de Medellín
Objeto: Apelación de sentencia por preacuerdo
Decisión: Confirma
M. Ponente: Luis Enrique Restrepo Méndez
Sentencia No: 005-2024

TRIBUNAL SUPERIOR
Medellín

SALA DECIMOSEGUNDA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veintinueve (29) de mayo de dos mil veinticuatro (2024)

Proyecto aprobado según acta Nro. 066

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor contractual de **Noralba Vargas Sánchez**, en contra de la sentencia proferida el 3 de octubre de 2023 por el Juzgado 3º Penal del Circuito Especializado de esta ciudad, a través de la cual la declaró, junto a Hideyuki Kobayashi, penalmente responsable del delito de extorsión agravada en virtud de un preacuerdo.

1. HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES

Fueron narrados por la *a quo* así:

> *"Por información legalmente obtenido, la fiscalía pudo establecer que en el mes de julio del año 2021 a través de mensajes de WhatsApp fue contactado el comerciante de nacionalidad japonés MASATSUGU MISU, siendo constreñido y su voluntad doblegada supuestamente por un grupo al margen de la ley, a realizar el pago inicial de 30 millones de pesos a cambio de no atentar contra su integridad y la de sus empleados y negocios ubicados en Bogotá y Cartagena.*

Estos mensajes amenazantes y extorsivos se continuaron realizando, mensajes que eran enviado en realidad por HIDEYUKI KOBAYASHI residente en la ciudad de Medellín, quien aprovechando la confianza depositada por su amigo, socio y compatriota, y luego de convencerlo de que tenía experiencia en estos asuntos, fue autorizado por la propia víctima para que negociara con el supuesto grupo al margen de la ley, KOBAYASHI le informó a la víctima que el supuesto grupo delincuencial había exigido que debía pagar 4 cuotas de 370 millones de pesos, los cuales debían ser consignados a la cuenta de su esposa NORALBA VARGAS SANCHEZ, posteriormente, bajo continuas amenazas efectuadas a través de mensajes de WhatsApp la víctima, a través de KOBAYASHI, accedió a los pagos extorsivo exigidos; preocupado porque ya no tenía dinero y su inversión se había perdido.

Las sumas consignadas por la víctima el señor MISU a la cuenta de NORALBA VARGAS, esposa de KOBAYASHI quien supuestamente prestó su cuenta para facilitar los pagos fueron en total así:

27 de julio de 2021	*30.000.000*
04 de agosto de 2021	*100.000.000*
05 de agosto de 2021	*100.000.000*
06 de agosto	*100.000.000*
09 de agosto de 2021	*70.000.000*
10 de agosto de 2021	*200.000.000*
11 de agosto de 2021	*200.000.000*
17 de agosto de 2021	*30.000.000*
11 de enero de 2022	*30.000.000*
19 de enero de 2022	*50.000.000*
20 de enero de 2022	*40.000.000*
22 de febrero de 2022	*20.000.000*
01 de marzo de 2022	*30.000.000*
24 de marzo de 2022	*40.000.000*
25 de marzo de 2022	*40.000.000*
01 de abril de 2022	*15.000.000*

Para un total de $1.095.000.000 millones de pesos"

El 30 de junio de 2022 ante el Juzgado 32 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín se llevaron a cabo las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación por el delito de extorsión agravada, art. 244, 245 No. 3 y 6, y 31 del C.P y se les impuso medida de aseguramiento a Hideyuki Kobayashi en establecimiento carcelario y a Noralba Vargas Sánchez en su domicilio. No hubo allanamiento a cargos.

El 24 de agosto de 2022, la Fiscalía General de la Nación, representada por la Fiscal 423 Seccional de la ciudad de Bogotá, radicó ante el Centro de Servicios Judiciales de Medellín, el escrito de acusación dirigido a los Jueces Penales del Circuito Especializado, el mismo que le correspondió por reparto al Juzgado 3º Penal del Circuito de esa especialidad.

El 28 de octubre de 2022 se inició la formulación oral de los cargos, empero la delegada del Ministerio Público impugnó la competencia de la a quo, al considerar que por la cuantía debían conocer del asunto los jueces penales del circuito, actuación que posteriormente correspondió por reparto al Juzgado 6º Penal del Circuito de Medellín, quien indicó no ser el competente y suscitó el conflicto de competencia, mismo que esta Sala resolvió mediante auto del 17 de noviembre de 2022 y asignó la actuación al Juzgado 3º Penal del Circuito Especializado de esta ciudad.

Tras varios intentos fallidos, el 28 de marzo de 2023 se realizó la audiencia de formulación de acusación por el mismo delito imputado y el 29 de septiembre siguiente, cuando se iba a dar inicio a la audiencia preparatoria, la fiscalía anunció que había llegado a un preacuerdo con los acusados, quienes ya habían reparado a la víctima en la suma de $1.080.000.000, circunstancia que ésta corroboró indicando estar conforme con la reparación integral.

En ese sentido la fiscalía indicó que la negociación consistía en que, a cambio de aceptar los cargos como coautores del delito de extorsión agravada se les inaplicaría la Ley 890 de 2004, así mismo se les reconocería la rebaja contemplada en el art. 269 del C.P, en un 70% por lo que se fijó la pena de prisión en 43.2 meses y multa de 2.800 SMLMV para cada uno de los acusados.

La *a quo* aprobó el preacuerdo, dio paso a la audiencia de que trata el artículo 447 del C. de P.P., y profirió la decisión objeto de alzada.

2. LA SENTENCIA OBJETO DE RECURSO

La *a quo* en primer lugar, resaltó que, aunque se trata de una sentencia producto de un preacuerdo, el operador judicial debe tener conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y la responsabilidad de los procesados, para tal fin la fiscalía allegó una serie de elementos con vocación de prueba que permiten respaldar la aceptación de los cargos realizada por Hideyuki Kobayashi y **Noralba Vargas Sánchez.**

Resaltó que no existe duda alguna respecto de la tipicidad de la conducta atribuida, como quiera que se determinó la materialidad de la infracción penal y su autoría en cabeza de los aquí procesados, como quiera que las amenazas de Hideyuki Kobayashi haciéndose pasar por integrante de grupos subversivos, doblegó la voluntad del señor Misu, obligándolo a consignar a la cuenta de **Noralba Vargas Sánchez** la suma de $1.095.000.000 millones de pesos lesionando efectivamente el patrimonio económico de la víctima, hechos que se ajustan a la conducta punible de extorsión agravada artículo 244, 245 inciso 3 y 6 C.P.

En lo que concierne a la culpabilidad, dijo que, a partir de los medios de conocimiento allegados se pudo determinar que los imputados tenían capacidad para comprender lo que hacían y determinarse frente a esa comprensión; que conocían que su actuar era prohibido moral y legalmente, y que, no obstante lo anterior, decidieron libremente desplegar el comportamiento delictual y contrario a derecho, lo que soportó el reproche penal en cabeza de los procesados, máxime cuando medió la aceptación de los cargos endilgados en virtud de un preacuerdo.

Al momento de individualizar la pena refirió que se les sancionaría como autores del delito de extorsión agravada artículos 244, 245 inciso 3 y 6 del C.P, y que en virtud del preacuerdo se les inaplicaría la Ley 890 de 2004, además de ello se les reconocería una rebaja del 70 % en virtud del art. 269 del C.P., ***"para una pena de 43.2 meses de prisión para cada uno de estos ciudadanos; para un total de 3 años y 6 meses de prisión y multa de 2.800 SMLMV a cada uno"*** (Negrilla de la Sala)

Sobre los mecanismos sustitutivos de la pena de prisión advirtió que el delito atribuido a los imputados está excluido de beneficios de conformidad con el art. 26 de la Ley 1121 de 2006, por lo que resulta inviable la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

Frente a la solicitud de la prisión domiciliaria como madre cabeza de familia esbozada por la defensa de **Noralba Vargas Sánchez** y la solicitud de que realice un control de constitucionalidad y convencionalidad al inciso tercero del artículo 1 de la Ley 750 de 2002, pues contraría normas especiales de carácter prevalente como lo son los artículo 5, 6, 8, 9 del Código de Infancia y Adolescencia, así como el artículo 44 de la Constitución Política y los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, explicó que en efecto logró demostrar que la acusada tiene a su cargo la responsabilidad de sus hijas menores y hay deficiencia sustancial de ayuda de otros miembros de la familia. Sin embargo, continuó, ello no es suficiente, pues el delito por el que fueron condenados está excluido de beneficios y *"ya tiene un estudio de constitucionalidad"*, realizado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-184 de 2003. Además, los argumentos presentados por la defensa, que tienen que ver con la prevalencia de los derechos de los niños *"sirven para cualquier persona que esté detenida, entendiendo que todas las personas detenidas tienen familia, hijos menores, esposas"*. Destacó que sería inane y atrevido analizar una ley para declararla inconstitucional, cuando, las bases que presentó la defensa no tienen relación con la constitucionalidad que ya fue decretada.

Agregó que la prohibición expresa y tajante en relación con el delito de extorsión impide que se pueda otorgar en favor de la procesada la figura de madre cabeza de familia o la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

La decisión fue apelada por la defensa.

3. DEL RECURSO

El defensor contractual de **Noralba Vargas Sánchez** mostró inconformidad con la decisión de la juez de instancia por las siguientes razones:

En primer lugar, elevó una crítica a la forma cómo la a quo dirigió la audiencia de individualización, pues interrumpió su intervención en varias oportunidades, circunstancia que considera violatoria de las garantías fundamentales de sus asistidos.

Respecto de la afirmación realizada por la falladora dirigida a que la Ley 750 del 2002 ya tiene un estudio de constitucionalidad, advirtió que es desafortunado pues confunde la esencia de esa figura y sobre todo, porque no valoró las normas en el caso concreto para determinar si éstas vulneraban preceptos constitucionales o tratados internacionales ratificados por Colombia, lo cual, es en definitiva, el espíritu de la figura de la excepción de inconstitucionalidad , para el efecto, trajo a colación la Sentencia SU 109 del 2022.

Advirtió que el hecho de que una norma haya sido declarada exequible no quiere decir que no se pueda dar sobre ella la inaplicación en virtud de una excepción de inconstitucionalidad, pues como ha señalado esta figura se aplica por parte de los jueces, cuando *"en el caso concreto"* y de acuerdo a las circunstancias fácticas puntuales del caso, su aplicación vulnera normas constitucionales de mayor jerarquía, en este evento recordó el total desamparo en el que quedarían dos menores de 6 y 9 años de edad que producto de este proceso perderían a sus dos padres al mismo tiempo y no contarían con ayuda sustancial e idónea de ningún otro miembro de su familia, lo que en su sentir, vulnera sus garantías fundamentales y derechos prevalentes reconocidos tanto en la Carta Política como en diferentes tratados internacionales ratificados por Colombia que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad, entre ellos, los arts. 4 y 44 de la Constitución Política, el art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño, el art. 24 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, entre otros.

Criticó que la a quo señalara que los derechos de los niños tienen límites en la Jurisprudencia Constitucional y se puede negar esta solicitud cuando la madre constituye un peligro para la comunidad o para sus descendientes; empero, su representada de acuerdo con las declaraciones extra juicio de sus padres y hermano, es una excelente hija, hermana y madre para con las menores Saomi y Nayuri, además en la actualidad labora y su jefe inmediato manifestó que era una trabajadora con grandes cualidades, buen trato con sus compañeros y superiores, eficiente y responsable, por último, de acuerdo con la certificación de colegio Calasanz está pendiente del cuidado de sus hijas y carece de antecedentes penales.

Recordó haber puesto de presente el rol pasivo que tuvo la condenada en la ejecución de este delito, pues su participación fue en mayor medida prestar su cuenta bancaria para que allí se consignaran los dineros producto del ilícito, pues quien realizó todos los actos

finalmente fue Hideyuki Kobayashi y agregó que la vivienda donde convivía con sus hijas no estuvo involucrada en actividades ilícitas por lo que no se puso directa o indirectamente en peligro a las menores, de ahí que no puede aducirse que la acusada constituye un peligro para la sociedad o para sus hijas.

Por último, calificó como *"una equiparación totalmente fuera de lugar"* que la a quo sostuviera que todas las personas tienen hijos, hermanos y padres, y que si se aplicara esto a todos los casos las cárceles estarían vacías, pues no está solicitando que se le otorgue la prisión domiciliaria por el simple hecho de que tenga familiares que necesitan de su compañía, el caso concreto, en su opinión, es mucho más complejo ya que las menores de 6 y 9 años de edad no tienen familiares que puedan brindarles un apoyo sustancial e idóneo pues sus abuelos tienen una edad avanzada y su tío no puede hacerse cargo de ellas, situación que las deja totalmente desprotegidas y en alto riesgo y vulnerabilidad, lo que afecta sus derechos fundamentales.

Luego de traer algunas normas relativas a los derechos de los menores y la sustitución de la prisión por domiciliaria indicó que al momento de la imposición de una medida de aseguramiento el juez de control de garantías le concedió a su representada la detención preventiva en su domicilio y le concedió permiso para trabajar de 6 de la mañana a 6 de la tarde debido a su condición de madre cabeza de familia, y que de ello hace ya 1 año y 3 meses que viene cumpliendo cabalmente con los permisos concedidos.

Así las cosas, solicitó i) que se revoque la decisión del Juzgado 3 Penal Circuito Especializado de Medellín respecto a la no concesión del sustituto de la prisión domiciliaria para Noralba Vargas Sánchez, ii) Que se inaplique el inciso 3º del art. 1º de la Ley 750 del año 2002 y el artículo 68ª del C.P., por violar las normas de rango constitucional, y iii) que como consecuencia de ellos, se le otorgue a Noralba Vargas Sánchez prisión domiciliaria por ser madre cabeza de familia.

No hubo pronunciamiento de los sujetos procesales no recurrentes.

4. CONSIDERACIONES

4.1 Esta Sala posee la competencia para abordar el estudio de la decisión proferida por el *a quo,* en virtud del factor funcional determinante de la misma, consagrado legalmente en el artículo 33 numeral 1 de la Ley 906 de 2004.

4.2 En primer lugar, ha de recordar la Sala el carácter restringido que ostenta la competencia del *ad quem*, que lo obliga a circunscribir su análisis única y exclusivamente al tema propuesto por el recurrente, con mayor razón cuando nos enfrentamos a un fallo de condena producto de una forma de terminación anticipada del proceso, circunstancia que restringe el alcance del interés para recurrir y, por contera, en mayor grado, la competencia de esta Corporación.

4.3 Los problemas jurídicos que plantea la recurrente, básicamente se contraen a determinar, i) si es procedente aplicar la excepción de inconstitucionalidad del inciso 3º del art. 1º de la Ley 750 del año 2002 y el artículo 68ª del C.P, y ii) si Noralba Vargas Sánchez es acreedora a la prisión domiciliaria como madre cabeza de familia.

De la excepción de inconstitucionalidad

4.4. Pues bien, recordemos que el artículo 26 de la ley 1121 de 2006 establece:

> ***EXCLUSIÓN DE BENEFICIOS Y SUBROGADOS.*** *Cuando se trate de delitos de terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo,* ***extorsión y conexos****, no procederán las rebajas de pena por sentencia anticipada y confesión, ni se concederán subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad de condena de ejecución condicional o suspensión condicional de ejecución de la pena, o libertad condicional.* ***Tampoco a la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión****, ni habrá lugar ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea eficaz.* (Negrilla de la Sala)

Del mismo modo el art. 63 del C.P., modificado por el 29 de la Ley 1709 de 2014 señala:

> *La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un período de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurran los siguientes requisitos:*
>
> *1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años.*

> *2. Si la persona condenada carece de antecedentes penales y no se trata de uno de los delitos contenidos el inciso 2o del artículo 68 A de la Ley 599 de 2000, el juez de conocimiento concederá la medida con base solamente en el requisito objetivo señalado en el numeral 1 de este artículo.*

Por su parte, el art. 38B del C.P., adicionado por el 23 de la ley 1709 de 2014 prescribe:

> *Son requisitos para conceder la prisión domiciliaria:*
>
> *1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos.*
>
> *2. Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000.*

Finalmente, el art. 68A del C.P, modificado por el 32 de la ley 1709 de 2014 reza:

> ***EXCLUSIÓN DE LOS BENEFICIOS Y SUBROGADOS PENALES.*** *No se concederán; la suspensión condicional de la ejecución de la pena;* ***la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión****; ni habrá lugar a ningún otro beneficio, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores.*
>
> *Tampoco quienes hayan sido condenados por delitos (…)* ***extorsión****…".* (Negrilla de la Sala).

Del mismo modo la Ley 750 de 2002 en su artículo 1º inciso 3º refiere:

> *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.* (Negrilla de la Sala).

El censor solicitó que se declare la excepción de inconstitucionalidad de las anteriores normas, pues su aplicación en este caso vulnera cánones de rango constitucional ya que, quedarían en total desamparo Naomi y Sayuri de 6 y 9 años, dada la ausencia de su padre quien se encuentra detenido en razón de este proceso, además, no cuentan con ningún otro miembro de su familia que pueda hacerse cargo de ellas.

Frente a este tema la jurisprudencia ha señalado:

> *"La excepción de inconstitucionalidad o el control de constitucionalidad por vía de excepción, se fundamenta en la actualidad en el artículo 4º de la Constitución, que establece que "La Constitución es norma de normas. En todo caso de*

incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales…". Esta norma hace que nuestro sistema de control de constitucionalidad sea calificado por la doctrina como un sistema mixto ya que combina un control concentrado en cabeza de la Corte Constitucional y un control difuso de constitucionalidad en donde cualquier autoridad puede dejar de aplicar la ley u otra norma jurídica por ser contraria a la Constitución. De otra parte hay que tener en cuenta que el control por vía de excepción lo puede realizar cualquier juez, autoridad administrativa e incluso particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto. Este tipo de control se realiza a solicitud de parte en un proceso judicial o ex officio por parte de la autoridad o el particular al momento de aplicar una norma jurídica que encuentre contraria a la Constitución. En este caso se debe subrayar que la norma legal o reglamentaria que haya sido exceptuada por inconstitucional no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida ya que los efectos del control por vía de excepción son inter partes, solo se aplican para el caso concreto y no anulan en forma definitiva la norma que se considera contraria a la Constitución. Por este hecho una norma que haya sido exceptuada por cualquier autoridad judicial, administrativa o por un particular cuando tenga que aplicar una norma, puede ser demandada ante la Corte Constitucional que ejercerá el control de constitucionalidad y decidirá en forma definitiva, de manera abstracta, general y con efectos erga omnes si la norma exceptuada es constitucional o no. Teniendo en cuenta lo anterior, considera la Corte que las excepciones de inconstitucionalidad que profieren las autoridades judiciales, administrativas o los particulares cuando tengan que aplicar una ley, no elimina la posibilidad que tiene la corporación de realizar el control de constitucionalidad de determinado precepto"[1].

Ahora bien, para aplicar correctamente la excepción de inconstitucionalidad, es necesario que i) la norma de inferior jerarquía sea ostensiblemente contradictoria con los mandatos constitucionales, de manera que afecte o vulnere los derechos fundamentales de alguna de las partes en el caso concreto, y ii) establecido por vía jurisprudencial, consistente en que no exista pronunciamiento judicial de exequibilidad por parte de la Corte Constitucional o de legalidad por el Consejo de Estado, según el caso, sobre la norma respecto de la cual se solicita aplicar la excepción, y que dicho pronunciamiento sea declarando el apego de la norma a la Constitución[2].

Del mismo modo se ha dicho que la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad de una norma, exige que la contrariedad sea palmaria, sin que se requieran extensas

[1] Corte Constitucional. Sentencia C-122 de 2011
[2] Sentencia T-103 de 2010.

disertaciones y ejercicios argumentativos propios del control abstracto de constitucionalidad, en ese sentido la sentencia C-600 de 1998, precisó:

> *"… el principio que rige la operatividad del Estado de Derecho y que hace posible el funcionamiento de las instituciones es el de la obligatoriedad y ejecutabilidad de las normas que, dentro del esquema de la organización política, profieren los organismos y las autoridades competentes, según la Constitución. Que en general la norma jurídica, independientemente de su jerarquía, obliga a sus destinatarios y es deber de las autoridades públicas, en el ámbito de las funciones que a cada una corresponda, hacerla efectiva. Se afirma por el Alto Tribunal Constitucional, que se parte del supuesto -que puede ser descartado- según el cual la norma puesta en vigor por el órgano o funcionario competente se ajusta a la Constitución, en virtud de una presunción que asegura el normal funcionamiento del Estado, con base en la seguridad jurídica de la cual requiere la colectividad. Si esa presunción no es enervada, la norma debe aplicarse. Por vía abstracta, la presunción en referencia sólo puede ser desvirtuada mediante fallo de inexequibilidad proferido por la Corte Constitucional, o de nulidad por inconstitucionalidad dictado por el Consejo de Estado, según la jerarquía de la norma revisada.* ***Por vía concreta, es excepcional el caso en el que la autoridad que tiene a su cargo aplicar una determinada norma pueda legítimamente abstenerse de hacerlo, estando obligado a esa abstención, cuando la encuentra palmariamente incompatible con la Constitución Política".*** (Negrilla de la Sala)

Frente a la solicitud de que se inaplique las normas invocadas por el censor, debe señalarse que el legislador en desarrollo de su facultad de configuración normativa, se encuentra habilitado constitucionalmente para, en ejercicio de la política criminal del Estado, regular todo lo concerniente a las penas sustitutivas (prisión domiciliaria, sistemas de vigilancia electrónica etc.,) y subrogados penales (suspensión condicional de la ejecución de la pena, libertad condicional etc.,), estableciendo las exigencias de orden objetivo y subjetivo que considere necesarias en procura de que los hechos punibles que lesionan los intereses más preciados de la comunidad, obtengan tratamiento severo, lo cual se refleja tanto en la pena efectivamente impuesta, como en los límites mínimos y máximos de las sanciones privativas de la libertad.

Incluso la Corte Constitucional en sentencia C-073 de 2010 declaró la exequibilidad del artículo 26 de la Ley 1121 de 2006 , que prohíbe subrogados y beneficios para ciertos delitos, entre ellos, la extorsión, lo que de alguna manera afianzó como poder legislativo la restricción a ciertos derechos en aquellos delitos que generan grave ofensa social, por lo que aplicando dichas argumentaciones al caso concreto, se tendría que ese tipo de medidas restrictivas, como las que contempla el artículo 68A y las modificaciones

convocadas con la Ley 1709 de 2014 se encontrarían respaldadas en la Constitución Política, porque no aluden a la generalidad de los comportamientos delictivos.

Por otra parte, más que una contradicción entre el poder de regulación legal y los principios constitucionales, se observa que la pretensión de la defensa se encamina a que se le conceda a Noralba Vargas Sánchez la prisión domiciliaria, con fundamento en que es madre cabeza de familia de dos menores de 6 y 9 años quienes en su sentir, quedarían desprotegidas, circunstancia que la Sala no comparte por las siguientes razones:

De la prisión domiciliaria como madre cabeza de familia

4.5 El numeral 5º del artículo 314 del Código de Procedimiento Penal establece:

> *Artículo 314. [Modificado por el artículo 27 de la Ley 1142 de 2007]. Sustitución de la detención preventiva. La detención preventiva en establecimiento carcelario podrá sustituirse por la del lugar de la residencia en los siguientes eventos:*
>
> *5. Cuando la imputada o acusada fuere madre cabeza de familia de hijo menor o que sufriere incapacidad permanente, siempre y cuando haya estado bajo su cuidado. En ausencia de ella, el padre que haga sus veces tendrá el mismo beneficio.*

En igual sentido el artículo 2º de la ley 82 de 1993, modificado por la ley 1232 del 2008, señaló

> *"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".*

Ahora bien, la sustitución de la pena de prisión en centro carcelario por el domicilio, bajo la figura de madre o padre cabeza de familia, busca proteger el interés superior del niño, lo que origina una tensión entre este precepto y la potestad sancionatoria del Estado para asegurar una convivencia pacífica. En ese sentido, la Ley 750 de 2002, reglamentó en su art. 1º que:

> *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.* (Negrilla de la Sala)

No obstante, lo anterior, respecto a esta figura, la sentencia C-184 de 2003, precisó que tal medida domiciliaria respondía a preservar los derechos fundamentales de las personas vulnerables, que, ante la posibilidad de aprehender a un sujeto activo de una ilicitud, pueden verse desprotegidas por una situación de abandono que pondría en riesgo su subsistencia, siendo este el propósito con que se dio vía a tal subrogado.

De acuerdo con lo anterior, para que se establezca la figura de madre o padre cabeza de familia se deben tener en cuenta: 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 exclusivo y permanente por ausencia absoluta de la pareja o de incumplimiento total de las obligaciones por parte de ésta, por propia voluntad o por circunstancias de fuerza mayor y iii) que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre o del padre para sostener el hogar.

Finalmente, quien pida el beneficio de la prisión domiciliaria tiene la carga probatoria de demostrar con toda certeza que tiene hijos menores de edad, o a otros menores o personas discapacitadas bajo su exclusivo cuidado por ausencia permanente de otros familiares que cumplan tales funciones.

4.6 En el *sub judice*, para sustentar probatoriamente la petición de prisión domiciliaria a favor de su asistida como madre cabeza de familia, la defensa, exhibió:

i) Registro civil de nacimiento de las menores S.K.V de 10 años y N.K.V de 7.

ii) Historia clínica de S.K.V., del 1 de marzo de 2023 donde se registra que su acompañante fue su progenitora.

iii) Declaraciones extra juicio de la Notaria Única de Guarne, Antioquia por medio de las cuales, los señores Alberto Vargas y Luz Alba Vásquez, padres de la acusada, y su hermano José Fernando Vargas Sánchez, indicaron contar con 82, 72 y 47 años de edad respectivamente, ser vecinos de los municipios de Guarne y Rionegro y no contar con recursos suficientes para velar por el sostenimiento de las dos menores ya que a los primeros se les dificulta su movilidad y no tienen la *"energía que requiere"* sus nietas; mientras que su tío dijo ser mayordomo en una finca donde solo está autorizado para convivir con su familia.

iv) Certificados del Colegio ~~Calazans~~ Calasanz de Medellín donde se indica están matriculadas en los grados 3º y 1º y que su acudiente es Noralba Vargas Sánchez, su madre; y

v) Certificado y contrato laboral expedido por la empresa HD Data donde hacen constar que la acusada labora desde el 19 de octubre de 2022 devengando un salario de $1.160.000 mensuales.

4.8 Revisada la documentación para la Sala es claro que, si bien es cierto, todas apuntan a que, en efecto, **Noralba Vargas Sánchez** es madre de familia y vela por el sostenimiento de sus hijas menores, también lo es que tales supuestos de hecho no alcanzan a abarcar la totalidad de las exigencias establecidas en la norma invocada, la cual incorpora para su procedencia la acreditación de la falta de asistencia sustancial de ayuda por parte del núcleo familiar, tal y como lo adujo la funcionaria de primer grado.

De los mismos elementos allegados al proceso se desprende que las menores cuentan con familia extensa como sus abuelos, quienes a pesar de su edad no se tiene reporte de algún tipo de incapacidad o limitación que les impida estar al cuidado de las niñas; y también cuentan con la asistencia de un tío, hermano de la procesada, quien puede velar no solo

por su protección y cuidado, sino también su manutención, sobre todo cuando es a éstos a quiénes les corresponde acudir en procura de brindarles apoyo en virtud del deber de solidaridad familiar.

En ese sentido, la Sala no advierte adecuadamente acreditada alguna situación de riesgo que ponga en peligro la integridad de las menores, pues como se dijo, es al círculo familiar cercano a quienes les asiste el deber de prodigarles las condiciones necesarias para el desarrollo social, personal y familiar que requieren no siendo posible en este caso, hablar de abandono o desprotección, aspecto suficiente para no inaplicar por inconstitucionales los art. 68A del C.P. y 1º inciso 3º de la Ley 750 de 2002, a la manera en que lo solicita el recurrente.

No obstante, en aras de garantizar al máximo el bienestar y amparo de las niñas, la defensa podrá solicitar en cualquier momento ante los juzgados de ejecución de penas, un estudio socioeconómico que informe la estructura y dinámica familiar, en tanto el apelante no demostró que hubiese ausencia absoluta de otros familiares que puedan reemplazar a su representada.

Otras consideraciones

Advierte la Sala que la a quo incurrió en un error aritmético al momento de señalar el monto de la pena, ya que si bien es cierto, ésta en virtud del preacuerdo corresponde a 43.2 meses producto de eliminar la Ley 890 de 2004 y aplicar un descuento del 70% en virtud del art. 269 del C.P. a esos 144 meses que fija el Código Penal para el delito de extorsión, también lo es que ello no es igual a "***3 años 6 meses de prisión"***; sino a **3 años 7 meses y 6 días de prisión**, circunstancia que el Tribunal aclarará sin incurrir en violación del principio de *non reformatio in pejus,* pues se insiste, se trata solo de un error aritmético susceptible de ser aclarado en esta instancia.

Por lo anterior **la Sala de Decimosegunda de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **CONFIRMA** el fallo de fecha, sentido y origen precisados en esta decisión y **ACLARA** que la pena en virtud el preacuerdo corresponde a **43.2 meses de prisión o lo que es igual 3 años 7 meses 6 días de prisión.**

Esta providencia queda notificada en estrados y contra la misma solo procede el recurso extraordinario de casación. Una vez ejecutoriada, regrese la carpeta al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
MAGISTRADO

GABRIEL FERNANDO ROLDÁN RESTREPO
MAGISTRADO

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
MAGISTRADO

Firmado Por:

Luis Enrique Restrepo Méndez
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Gabriel Fernando Roldan Restrepo
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Jose Ignacio Sanchez Calle
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 014 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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: **4038e3070c0183b9e6cfa7f0befb5288b1c29a0a1088e9d339f55815c579ef36**
Documento generado en 29/05/2024 04:31:30 PM

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