El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso.

El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia – 2ª instancia – 22 de septiembre de 2017

Proceso:                 Penal- Confirma parcialmente sentencia condenatoria

Radicación Nro. : 66001 60 00 035 2013 03152 01

Procesado: LUISA FERNANDA CASTRILLÓN OLAYA

Magistrado Ponente:  JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

**Temas: NIEGA PRISIÓN DOMICILIARIA.** [E]n sentido estricto la señora Luisa Fernanda Castrillón, no tiene la calidad jurídica de “madre cabeza de familia”, en los términos de la norma antes citada, ya que no tenía hijos para la fecha en que fue sentenciada, por lo cual en su caso sólo no se puede invocar la aplicación del artículo 1º de la ley 1232 de 2008. El parágrafo del mismo artículo establece una obligación especial así: *“La condición de Mujer Cabeza de Familia y la cesación de la misma, desde el momento en que ocurra el respectivo evento, debe ser declarada ante notario por cada una de ellas, expresando las circunstancias básicas del respectivo caso …”*  En ese orden de ideas la única situación que se adujo en la audiencia del artículo 447 del CPP y en el escrito mediante el cual se sustentó el recurso de apelación, es que la detención de la procesada le impediría brindar el cuidado a su abuelo Luis Eduardo Castrillón, quien es una persona adulta mayor y quien presenta serios quebrantos de salud. Como se observa, de estas evidencias no se desprende que la señora Castrillón Olaya hubiera tenido la condición exigida en la ley para acceder a ese beneficio, establecido precisamente en favor de los hijos, y no de otros parientes (…).

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA – RISARALDA**

#### SALA DE DECISIÓN PENAL

**M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Aprobado mediante acta Nro. 964 del veinte (20) de septiembre de dos mil diecisiete (2017)

Pereira, veintidós (22) de septiembre de dos mil diecisiete (2017)

Hora: 9:38 a.m.

|  |  |
| --- | --- |
| **Radicación** | **66001 60 00 035 2013 03152 01** |
| **Procesado** | **Luisa Fernanda Castrillón Olaya** |
| **Delito** | **Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes** |
| **Juzgado de conocimiento**  | **Quinto Penal del Circuito de Pereira**  |
| **Asunto**  | **Resolver la apelación interpuesta en contra de la sentencia de primera instancia** |

**1. ASUNTO A DECIDIR**

Corresponde a la Sala desatar el recurso de apelación interpuesto por la defensa, en contra de la sentencia dictada por el Juzgado Quinto, en la que se condenó a la señora Luisa Fernanda Castrillón Olaya, por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

El recurso solamente se interpuso en lo concerniente a la negación de la prisión domiciliaria a la procesada.

1. **ANTECEDENTES**

2.1 De conformidad con el oficio de fecha 1º de octubre de 2013, radicado por la FGN en el Centro de Servicios Judiciales de esta ciudad, el supuesto fáctico es el siguiente:

*“… el día cinco (05) de julio de 2013, a las 17.30 horas, cuando servidores de Policía Nacional adscritos a la Seccional de Tránsito de Pereira se encontraban realizando planes de registro y control a la altura del Kilómetro 86, vía que conduce de Andalucía hacia la "Y" de Cerritos, le hicieron señal de pare a una motocicleta color negro, la cual se detiene, seguidamente le solicitaron a los dos ocupantes que descendieran del automotor para efectuar un registro, accedieron voluntariamente se identificaron como GUSTAVO ADOLFO CARDONA JARAMILLO, C.C. 1.054.916.016, conductor de la motocicleta de placas MHN73B; igualmente se solicita identificación a la persona de sexo femenino que se movilizaba como parrillera, quien dijo llamarse LUISA FERNANDA CASTRILLÓN OLAYA, indocumentada; se Ies solicitó un registro personal que para la joven, fue realizado por la funcionaría de Policía JOHANA ERASO SALAS, quien además, le observó un bulto inusual en su entrepierna, que correspondió a un paquete, color blanco, envuelto en cinta transparente; contentivo de una sustancia pulverulenta con olor y. características similares a estupefaciente. Hallazgo que motivó la retención de la nombrada CASTRILLON OLAYA, se le dieron a conocer sus derechos como persona capturada y procedieron a trasladarla a las instalaciones de la Unidad de Reacción Inmediata de la Fiscalía General de la Nación y dejada a disposición del Fiscal en turno para su respectiva judicialización.*

*En la prueba preliminar de campo al material incautado, realizada por parte del perito ALEXON ECHEVERRY MONROY, se obtuvo el siguiente resultado: PESO NETO CUARENTA Y CUATRO PUNTO OCHO (44.8) GRAMOS y POSITIVO PARA COCAINA Y SUS DERIVADOS.”[[1]](#footnote-1)*

2.2 El 6 de julio de 2013 el Juzgado Penal Municipal de Santa Rosa de Cabal en turno de disponibilidad, llevó a cabo las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento. En dicho acto el delegado de la FGN le comunicó cargos a la señora Luisa Fernanda Castrillón por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, verbo rector “transportar” (art. 376 inciso 2º CP). La procesada aceptó dichos cargos.

2.3 El Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pereira asumió el conocimiento de la presente causa (folio 1). La audiencia de individualización de pena se celebró el 16 de enero de 2014 (folio 7). La sentencia fue proferida el 24 de septiembre de 2014 (folio 62 a 65).

2.4 La defensa de la señora Castrillon Olaya apeló el fallo de primera instancia, solamente en lo relativo a la negación de la prisión domiciliaria.

**3. IDENTIDAD DE LA ACUSADA**

Se trata de Luisa Fernanda Castillón Olaya, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.054.923.022 de Anserma, Caldas, nacida en esa misma localidad el día 05 de septiembre de 1993; es hija de Martha Fabiola, grado de instrucción bachiller, desempleada.

**4. DE LA SENTENCIA IMPUGNADA**

Frente a lo que es materia del recurso propuesto, el *A quo,* consideró lo siguiente:

* El A quo consideró que la acusada no cumplía con los requisitos objetivos previstos en la redacción original de los artículos 38 y 63 del CP. Aunado a ello, por expresa prohibición de la ley 1709 de 2014, la señora Castrillón Olaya no tenía derecho a la libertad ni a la prisión domiciliaria.
* Igualmente denegó la prisión domiciliaria como mujer cabeza de familia, por considerar que de conformidad con los lineamientos de la providencia 30613 de 2008 de la SP de la CSJ, los jueces de conocimiento carecen de competencia para pronunciarse de fondo sobre ese tipo de beneficios. Sin embargo, a través de la sentencia 35943 de 2011 la CSJ avaló la negativa del beneficio por parte de un Juez de conocimiento en su sentencia, inclusive frente al delito de narcotráfico.
* Los casos donde se está al servicio de del narcotráfico, y la familia no sirvió de aliciente para no delinquir, no puede usarse el argumento parental como pretexto para una sanción indulgente.
* En algunos casos de mayor entidad, ese despacho se ha pronunciado para evitar un desgaste innecesario al juez ejecutor.
* Consideró que la acusada no podía ser merecedora del beneficio de prisión domiciliaria en atención a su indolencia con la sociedad, por lo que en su caso se deben cumplir a cabalidad los fines de la pena, en especial el de prevención general.
* Hizo referencia a un caso similar, el cual fue conocido por esta Colegiatura, en el que un hombre que velaba por su anciana madre decidió transportar estupefaciente, olvidando esa situación al momento de cometer la conducta punible. Sin embargo, al momento en el que se le impuso la pena, decidió usar a su progenitora como escudo para invocar en su favor ciertos beneficios, a los cuales accedió la FGN a través de una negociación, enviando de esta forma un mensaje errado a la comunidad, pues se trataba de una persona que estaba dedicada a transportar estupefacientes, generando un daño a la sociedad.
* Como consecuencia de lo anterior dispuso librar orden de captura en contra de la procesada en aplicación del artículo 450 del CPP.
1. **DEL RECURSO PROPUESTO**
* El extenso y acucioso escrito de apelación se sintetiza de la siguiente manera:
* El A quo realizó un análisis la prisión domiciliaria a la que hace referencia el artículo 38 del CP. Sin embargo, su solicitud se centró en la sustitución de la detención preventiva y de la pena por la condición de padre o madre cabeza de familia, contenida en el artículo 314.5 de la Ley 906 de 2004 y en la ley 750 2002.
* Realizó un análisis sobre la figura jurídica de la prisión domiciliaria prevista en los artículos 38 del CP, y 315.5 del CPP, y en la ley 750 de 2002, trayendo a colación jurisprudencia de la SP de la CSJ y diversos pronunciamientos de esta Sala sobre la materia.
* Refirió que la señora Luisa Fernanda Castrillón Olaya de 21 años de edad, era bachiller, técnica del SENA en salud ocupacional, tenía su lugar de residencia en el municipio de Anserma Caldas, y que además carecía de antecedentes penales y contravencionales. El hogar de la acusada está conformado por su señora madre Martha Fabiola Castrillón Olaya, y su abuelo Luis Eduardo Castrillón. Sus dos hermanos de 19 y 26 años residen por fuera de esa municipalidad y tienen sus propias obligaciones.
* Dio a conocer que la procesada desde que terminó sus estudios se ha dedicado al cuidado de su abuelo quien se encuentra postrado en una cama, teniendo en cuenta que su señora madre labora como empelada interna.
* Trajo a colación el artículo 43 de la Carta Política referente a la protección especial para la mujer cabeza de familia.
* Expuso que se debía tener en cuenta que el abuelo de la procesada era un adulto mayor, quien presenta un grave estado de salud, ya que es una persona de 84 años de edad, y padece del corazón y de pulmones por su adicción al tabaco. También refirió que el señor Luis Eduardo Castrillón hacía aproximadamente 6 meses había sufrido un accidente de tránsito en el que presentó una fractura en miembro inferior derecho de tercio distal de peroné, de maléolo y tibia generándose un desplazamiento en tres partes, situación que puede ser corroborada con las entrevistas rendidas por la progenitora de la procesada, su hermana y por un vecino al investigador de la Defensoría del Pueblo, además con el estudio de arraigo sociofamiliar, el registro fotográfico, y la historia Clínica del señor Castrillón, elementos que fueron allegados ante el A quo.

* A su modo de ver la señora Castrillón Olaya cumple con la definición del inciso 2 del artículo de 2 de la ley 82 de 1983, ya que el señor Luis Eduardo Castrillón se encuentra bajo su cuidado desde hace un tiempo. Con la ausencia de Luisa Fernanda Castrillón Olaya se verán gravemente comprometidos los derechos fundamentales de señor Luis Eduardo Castrillón, quien solo pose la ayuda que le ha brindado su hija Martha Fabiola Castrillón quien labora como empleada doméstica de manera interna en un hogar, mientras que Luisa Fernanda Castrillón Vela por su abuelo.
* En el presente caso es procedente la concesión de la ejecución en la prisión domiciliaria pues el artículo 38 del Código Penal, reformado por el artículo 22 de la ley 1709 de 2014, contempla la posibilidad de que el fallador conceda la sustitución de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, cumpliendo las exigencias del artículo 38B adicionado a la ley 599 del 2000 por el artículo 23 de la ley 1709 del 2014, el cual prevé los requisitos para conceder la prisión domiciliaria, el cual es aplicable ap presente caso en atención al principio de favorabilidad, pues se trata de una ley que puede ser aplicada de manera retroactiva.
* El primero de los requisitos contenidos en el artículo 38B del CP, se encuentra superado ya que la pena mínima contemplada para la conducta por la que fue condenada la señora Castrillón no supera los 8 años.
* El segundo presupuesto exige que no se trate de los delitos incluidos en el inciso 2 del artículo 68ª. Ese inciso que fue modificado por el artículo 32 de la ley 1709 de 2014 contempla el delito de "tráfico de estupefacientes y otras infracciones", lo que fractura entonces en principio cualquier posibilidad de la sustitución de la prisión extramural por domiciliaria. No obstante el inciso 3 del artículo 68A contempla que dicha exclusión no operar{a para la detención preventiva y sustitución de la ejecución de la pena, en los eventos contemplados en los numerales 2,3,4,5 del artículo 314 de la ley 90ó de 2004. Sin embargo, la prisión domiciliaria es sustitutiva de la ejecución de la pena tal como lo contempla el artículo 36 de la 599 del 2000.
* La limitante prevista en esa norma debe flexibilizarse justamente por disposición del mismo legislador al incluir esa excepción puntual del inciso tercero, es decir que no se aplica lo dispuesto en dicho artículo respecto a la ejecución de la pena, como ocurre en el presente caso en el numeral 5 del artículo 314 de la ley 906 de 2004, ya que si bien es cierto ese artículo solo hace referencia a hijo menor o que sufriera incapacidad permanente, es claro que dicha protección se ha extendido por vía jurisprudencial a lo contenido en el inciso 2 del artículo 2 de la ley 82 de 1993, reformada la Ley 1232 de 2008 es decir "(...) personas incapaces o incapacitadas para trabajan ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial síquica (...)".
* El tercer requisito también se satisface porque la procesada tiene un arraigo familiar y social tal como consta en el informe del investigador de la Defensoría del Pueblo al que se hizo referencia. En ese mismo sentido la FGN obtuvo información, y su bien es cierto la encartada cambió de domicilio, su número de contacto sigue siendo el mismo y ha estado atenta a cualquier requerimiento dentro de la presente causa.
* La señora Luisa Fernanda Castrillón Olaya siempre ha vivido en el barrio la Pradera de Anserma Caldas, antes y después de su captura, y está condicionada al arriendo de las viviendas porque no cuenta con una residencia propia, lo que le generado el cambio de dirección.
* Frente a la última exigencia, la procesada se encuentra presta a adquirir y cumplir cada uno de los compromisos que le sean impuestos.
* El A quo consideró que en el asunto de la referencia no se cumplían con los requisitos objetivos contenidos en la versión original del Código Penal en sus artículos 38 y 63 del CP, y frente a ese punto la defensa no tiene inconformidad alguna. Sin embargo, ese funcionario judicial manifestó que por la expresa prohibición que trae la Ley 1709 de 2014, su representada no tenía derecho a la libertad ni a la prisión domiciliaria, lo que a su modo de ver constituye un error de apreciación de la norma, pues esa prohibición debe flexibilizarse justamente por disposición del mismo legislador al incluir esa excepción puntal del inciso tercero, es decir que no se aplica lo dispuesto en dicho artículo respecto a la ejecución de la pena, cuando el imputado o acusado fuere mayor de sesenta y cinco años, cuando a la imputada o acusada le falten dos meses o menos para el parto, o durante los meses siguientes a la fecha del nacimiento, cuando el imputado o acusado estuviere en estado grave por enfermedad, previo dictamen de médicos oficiales, y como ocurre en el presente caso numeral 5 del artículo 314 de la ley 906 de 2004 cuando la imputada o acusada fuere madre cabeza de familia, situación que el juez de primer grado se abstuvo de analizar en su sentencia.
* Nunca se solicitó que se realizara un análisis sobre la prisión domiciliaria a favor de la señora Castrillón Olaya bajo la óptica de la Ley 750 de 2002, por tener claro que su aplicación es de carácter especial por los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, ni tampoco se le hizo alusión al A quo, que realizara el análisis del artículo 314.5 de la Ley 906 de 2004. La solicitud se fundamentó en lo reglado en el Artículo 38 de la ley 599 de 2000 y siguientes con la reforma introducida por la ley 1709 de 2014, por ser procedente.

**6. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**6.1. Competencia**

Esta Colegiatura tiene competencia para conocer del recurso propuesto, en atención a lo dispuesto en los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906 de 2004.

**6.2. Problema jurídico a resolver**

Se contrae a establecer la legalidad de la decisión del juez de primer grado, que no accedió a la concesión de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la pena de prisión solicitada a favor de la señora Luisa Fernanda Castrillón.

6.3 Para determinar si la decisión impugnada fue o no acertada, resulta imperioso hacer referencia a las disposiciones consagradas en el Código Penal que se encontraban vigentes para la fecha en que fue proferida esa decisión, las cuales contemplan los requisitos para el reconocimiento de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la de prisión intramural.

6.4 En el caso concreto, para el día 5 de julio de 2013, fecha en la cual acontecieron los hechos materia de investigación, el texto de los artículos 38 y 64 del C.P., eran del siguiente tenor:

 *“ARTÍCULO 38. La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del sentenciado, o en su defecto en el que el Juez determine, excepto en los casos en que el sentenciado pertenezca al grupo familiar de la víctima, siempre que concurran los siguientes presupuestos:*

*1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos.*

*2. Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al Juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena.*

*3. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones:*

*1) Cuando sea del caso, solicitar al funcionario judicial autorización para cambiar de residencia.*

*2) Observar buena conducta.*

*3) Reparar los daños ocasionados con el delito, salvo cuando se demuestre que está en incapacidad material de hacerlo.*

*4) Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello.*

*5) Permitir la entrada a la residencia a los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión y cumplir las demás condiciones de seguridad impuestas en la sentencia, por el funcionario judicial encargado de la vigilancia de la pena y la reglamentación del INPEC.*

*El control sobre esta medida sustitutiva será ejercido por la autoridad judicial que conozca del asunto o vigile la ejecución de la sentencia, con apoyo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, organismo que adoptará mecanismos de vigilancia electrónica o de visitas periódicas a la residencia del penado, según su competencia legal, entre otros, y que serán indicados por la autoridad judicial, para verificar el cumplimiento de la pena, de lo cual informará al despacho judicial respectivo.*

*Cuando se incumplan las obligaciones contraídas, se evada o incumpla la reclusión, o fundadamente aparezca que continúa desarrollando actividades delictivas, se hará efectiva la pena de prisión.*

*Transcurrido el término privativo de la libertad contemplado en la sentencia, se declarará extinguida la sanción.*

*PARÁGRAFO. El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, suministrará la información de las personas cobijadas con esta medida a la Policía Nacional, mediante un sistema único de información de conformidad con los parámetros que para tal efecto establezca el Ministerio del Interior y de Justicia en coordinación con estas entidades, dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición de esta ley.”*

*“ARTÍCULO 64. El juez podrá conceder la libertad condicional al condenado a pena privativa de la libertad previa valoración de la gravedad de la conducta punible, cuando haya cumplido las dos terceras partes de la pena y su buena conducta durante el tratamiento penitenciario en el centro de reclusión permita suponer fundadamente que no existe necesidad de continuar la ejecución de la pena. En todo caso su concesión estará supeditada al pago total de la multa y de la reparación a la víctima o se asegure el pago de ambas mediante garantía personal, prendaria\*, bancaria o mediante acuerdo de pago.*

*El tiempo que falte para el cumplimiento de la pena se tendrá como período de prueba. Cuando este sea inferior a tres años, el juez podrá aumentarlo hasta en otro tanto.*

***PARÁGRAFO. La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del sentenciado, excepto en los casos*** *en que el sentenciado pertenezca al grupo familiar de la víctima, cuando haya cumplido la mitad de la condena y concurran los presupuestos contemplados en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 38 de la Ley 599 de 2000, siempre que la pena impuesta no sea por delitos de genocidio, contra el Derecho Internacional Humanitario, desaparición forzada, secuestro extorsivo, tortura, desplazamiento forzado, tráfico de menores de edad, uso de menores de edad para la comisión de delitos, tráfico de migrantes, trata de personas, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, extorsión, concierto para delinquir agravado, lavado de activos, terrorismo, usurpación y abuso de funciones públicas con fines terroristas, financiación del terrorismo y de actividades de delincuencia organizada, administración de recursos con actividades terroristas y de delincuencia organizada, financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas,* ***delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes****, fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas, y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego, municiones o explosivos.”* (Negrilla fuera de texto)

6.5 El artículo 38 del CP exigía el cumplimiento simultáneo de los siguientes requisitos: i) uno de carácter objetivo que tenía que ver con el quantum de la pena, cuya sanción mínima prevista en la ley debía ser de 5 años o menos; y ii) el subjetivo relacionado con un análisis que el fallador debía realizar respecto a los antecedentes personales, laborales o del procesado, los cuales a su vez le permitían inferir al fallador que no pondría en riesgo a la comunidad y que no evadiría el cumplimiento de la pena; y iii) aunado a lo anterior, el acusado debía garantizar a través de una caución el cumplimiento de una serie de obligaciones.

Por su parte, el artículo 64 Ibídem, específicamente en su parágrafo, prohibía el cumplimiento de la pena en el lugar del domicilio cuando se trataba entre otros, de delitos como el aquí investigado.

6.6 En el caso de la señora Luisa Fernanda Castrillón Olaya, se tiene que el monto mínimo de la pena establecida para el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, previsto en el artículo 365 del CP, es de 64 meses de prisión según la reforma establecida en el artículo 11 de la ley 1453 de 2011, el cual no excede el límite de los ocho (8) años que prevé el artículo 38 B del C.P., modificado por el artículo 23 de la ley 1709 de 2014.

En tal virtud en principio era posible que se reconociera ese beneficio a la sentenciada con base en el citado artículo 38 del C.P. Sin embargo, se debe tener en cuenta que el artículo 64 en su parágrafo 2º refiere que la ejecución de la pena privativa de la libertad puede ser cumplida en el domicilio del procesado excepto, en los casos de delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, tal y como acontece en el presente evento.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el recurrente solicita que en salvaguarda al principio de favorabilidad, se de aplicación a las previsiones de la ley 1709 de 2014 sobre la materia, la cual es posterior a la ocurrencia de los hechos, esta Sala considera que tampoco se satisfacen las exigencias previstas en la norma más reciente, pues los artículos 38, 38B y 68A de esa norma prevén lo siguiente:

*“ARTÍCULO 38. LA PRISIÓN DOMICILIARIA COMO SUSTITUTIVA DE LA PRISIÓN.  La prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión consistirá en la privación de la libertad en el lugar de residencia o morada del condenado o en el lugar que el Juez determine.*

*El sustituto podrá ser solicitado por el condenado independientemente de que se encuentre con orden de captura o privado de su libertad, salvo cuando la persona haya evadido voluntariamente la acción de la justicia.*

*PARÁGRAFO. La detención preventiva puede ser sustituida por la detención en el lugar de residencia en los mismos casos en los que procede la prisión domiciliaria. En estos casos se aplicará el mismo régimen previsto para este mecanismo sustitutivo de la prisión.”*

*“ARTÍCULO 38B. REQUISITOS PARA CONCEDER LA PRISIÓN DOMICILIARIA.  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](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000_pr002.html%22%20%5Cl%20%2268A) de la Ley 599 de 2000.***

*3. Que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado.*

*En todo caso corresponde al juez de conocimiento, que imponga la medida, establecer con todos los elementos de prueba allegados a la actuación la existencia o inexistencia del arraigo.*

*4. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones:*

1. *No cambiar de residencia sin autorización, previa del funcionario judicial;*

*b) Que dentro del término que fije el juez sean reparados los daños ocasionados con el delito. El pago de la indemnización debe asegurarse mediante garantía personal, real, bancaria o mediante acuerdo con la víctima, salvo que demuestre insolvencia;*

*c) Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello;*

*d) Permitir la entrada a la residencia de los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión. Además deberá cumplir las condiciones de seguridad que le hayan sido impuestas en la sentencia, las contenidas en los reglamentos del Inpec para el cumplimiento de la prisión domiciliaria y las adicionales que impusiere el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.” (Negrilla fuera de texto).*

*“ARTÍCULO 68A. 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, por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores.*

***Tampoco quienes hayan sido condenados por delitos*** *dolosos contra la Administración Pública; delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario; delitos contra la libertad, integridad y formación sexual; estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado; captación masiva y habitual de dineros; utilización indebida de información privilegiada; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; soborno transnacional; violencia intrafamiliar; hurto calificado; extorsión; homicidio agravado contemplado en el numeral 6 del artículo 104; lesiones causadas con agentes químicos, ácido y/o sustancias similares; violación ilícita de comunicaciones; violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial; trata de personas; apología al genocidio; lesiones personales por pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro; desplazamiento forzado; tráfico de migrantes; testaferrato; enriquecimiento ilícito de particulares; apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan; receptación; instigación a delinquir; empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos; fabricación, importación, tráfico, posesión o uso de armas químicas, biológicas y nucleares;* ***delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones****; espionaje; rebelión; y desplazamiento forzado; usurpación de inmuebles, falsificación de moneda nacional o extranjera; exportación o importación ficticia; evasión fiscal; negativa de reintegro; contrabando agravado; contrabando de hidrocarburos y sus derivados; ayuda e instigación al empleo, producción y transferencia de minas antipersonal.” (Negrilla fuera de texto).*

6.7 Las normas en comento permiten inferir que no resultaba viable la sustitución de la pena de prisión por la prisión domiciliaria, teniendo en cuenta la naturaleza del delito por el cual fue condenada la señora Luisa Fernanda Castrillón Olaya, ya que de conformidad con las previsiones de la ley 1453 de 2011 y 1709 de 2014, existe una prohibición legal en ese sentido.

6.8 Ahora bien, frente flexibilización del concepto de la condición de “mujer o madre cabeza de familia aducida por el recurrente, se debe establecer que La ley 750 de 2002 regula lo concerniente a la prisión domiciliaria frente a madre o padre cabeza de familia, de la siguiente manera:

*“Artículo 1°. La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá, cuando la infractora sea mujer cabeza 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.*

*Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones:*

*Cuando sea el caso, solicitar al funcionario judicial autorización para cambiar de residencia.*

*Observar buena conducta en general y en particular respecto de las personas a cargo.*

*Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerida para ello.*

*Permitir la entrada a la residencia, a los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión y cumplir las demás condiciones de seguridad impuestas en la sentencia, por el funcionario judicial encargado de la vigilancia de la pena y cumplir la reglamentación del INPEC.*

*El seguimiento y control sobre esta medida sustitutiva será ejercido por el juez, autoridad competente o tribunal que conozca del asunto o vigile la ejecución de la sentencia con apoyo en el INPEC, organismo que adoptará entre otros un sistema de visitas periódicas a la residencia de la penada para verificar el cumplimiento de la pena, de lo cual informará al despacho judicial respectivo.”*

6.9 En lo que es objeto del recurso, es necesario señalar que existe una protección especial constitucional y legal frente a las madres, padres, hombres y mujeres cabeza de familia, tendiente a salvaguardar la institución de la familia y en particular los intereses de los menores de edad, la cual se ha desarrollado a través expedición de las Leyes 82 de 1993 y 750 de 2002.

6.10 El art. 2º de la Ley 82 de 1993 define la figura de “cabeza de familia” (aplicable al hombre que también reúna los requisitos): *“…entiéndese 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…”*

6.11 Por su parte, y como ya se advirtió, el artículo 1º de la ley 750 de 2002 señala 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 unos requisitos adicionales.

6.12 Sobre el tema en discusión hay que manifestar que en la sentencia C- 964 de 2003, la Corte Constitucional condicionó la constitucionalidad de las expresiones “mujer” y “mujeres” contenidas en algunos artículos de la anotada ley: “*en el entendido, que los beneficios establecidos en dichos artículos a favor de las personas dependientes de la mujer cabeza de familia se harían extensivos a los hijos menores y a los hijos impedidos dependientes del hombre que, de hecho, se encuentre en la misma situación que una mujer cabeza de familia”.*

6.13 Se observa que la jurisprudencia constitucional extendió el concepto de madre cabeza de familia a los hombres, siempre y cuando se cumplan las condiciones exigidas por la ley, que en este caso y en virtud de la restricción establecida por el numeral 1º del artículo 38 B del C.P. sólo se podría conceder, bajo un supuesto fáctico distinto, esto es, en caso de que se hubiera demostrado el cumplimiento de los presupuestos del numeral 5º del artículo 314 del CPP, modificado por el artículo 27 de la ley 1142 de 2007. Adicionalmente hay que manifestar que no resulta aplicable el parágrafo del artículo 64 del C.P. que fue modificado por la ley 1453 de 2011 ya que esa norma se refería a un supuesto distinto como la concesión de la libertad condicional que en vigencia de esa norma estaba restringida para las personas sentenciadas por la violación del artículo 376 del C.P., entre otros delitos.

6.14. Sobre el tema hay que hacer las siguientes referencias normativas:

6.14.1 El parágrafo del artículo 38 del C.P. establece lo siguiente: *“La detención preventiva puede ser sustituida por la detención en el lugar de residencia en los mismos casos en que procede la prisión domiciliaria. En estos casos se aplicará el mismo régimen previsto para ese mecanismo sustitutivo de la prisión.”.*

6.14.2 El artículo 461 del CPP establece que: *“El juez de ejecución de penas y medidas de seguridad podrá ordenar al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario la sustitución de la ejecución de la pena, previa caución, en los mismos casos de la sustitución de la detención preventiva.”.*

6.14.3 Por su parte el artículo 314 del CPP es del siguiente tenor: *Sustitución de la detención preventiva. La detención preventiva en establecimiento carcelario podrá sustituirse por la del lugar de 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.”.*

6.15 En atención a lo expuesto en las disposiciones citadas, debe decirse que en sentido estricto la señora Luisa Fernanda Castrillón, no tiene la calidad jurídica de “madre cabeza de familia”, en los términos de la norma antes citada, ya que no tenía hijos para la fecha en que fue sentenciada, por lo cual en su caso sólo no se puede invocar la aplicación del artículo 1º de la ley 1232 de 2008.

El parágrafo del mismo artículo establece una obligación especial así: *“La condición de Mujer Cabeza de Familia y la cesación de la misma, desde el momento en que ocurra el respectivo evento, debe ser declarada ante notario por cada una de ellas, expresando las circunstancias básicas del respectivo caso …”*

6.16 En ese orden de ideas la única situación que se adujo en la audiencia del artículo 447 del CPP y en el escrito mediante el cual se sustentó el recurso de apelación, es que la detención de la procesada le impediría brindar el cuidado a su abuelo Luis Eduardo Castrillón, quien es una persona adulta mayor y quien presenta serios quebrantos de salud.

6.17 Como se observa, de estas evidencias no se desprende que la señora Castrillón Olaya hubiera tenido la condición exigida en la ley para acceder a ese beneficio, establecido precisamente en favor de los hijos, y no de otros parientes como se desprende de la jurisprudencia pertinente de la Corte Constitucional, donde se ha manifestado lo siguiente:

6.17.1 En la sentencia C-964 de 2003, la Corte Constitucional, condicionó la constitucionalidad de las expresiones “mujer” y “mujeres” contenidas en algunos artículos de la ley 750 de 2002 así en el entendido, que los beneficios establecidos en dichos artículos a favor de las personas dependientes de la mujer cabeza de familia se harían extensivos a los hijos menores y a los hijos impedidos dependientes del hombre que, de hecho, se encuentre en la misma situación que una mujer cabeza de familia, a fin de proteger el interés superior de esos menores.

6.17.2 A su vez en la sentencia T-724 de 2009 la misma Corporación manifestó:

 *“…No basta con que el actor manifieste que se encarga de proveer el dinero necesario para sostener el hogar y asegurar así las condiciones mínimas de subsistencia de sus hijas, sino que debe siquiera probar sumariamente la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, o que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como madre o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o, como es obvio, la muerte…”[[2]](#footnote-2)*

6.18 Como se observa tanto la ley como los precedentes citados exigen la comprobación de un primer supuesto fáctico, consistente en la paternidad o maternidad, como prerrequisito de examen de la condición jurídica de “padre o madre cabeza de familia”, el cual no se reúne en el presente caso, en atención a lo dispuesto en el artículo 1º de la ley 1232 de 2008, citada en precedencia.

6.19 Con base en estas razones, se considera que le asistió razón al juez de primer grado al no conceder la prisión domiciliaria, solicitada en favor de la señora Luisa Fernanda Castrillón Olaya, por lo cual se confirmará la decisión que fue objeto del recurso.

Con base en lo expuesto en precedencia, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Pereira,(Rda.), administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia dictada por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pereira, mediante la cual se condenó a la señora Luisa Fernanda Castrillón Olaya, como responsable del delito de tráfico fabricación o porte de estupefacientes, en lo que fue objeto de impugnación.

SEGUNDO: Esta decisión queda notificada en estrados y contar ella procede el recurso de casación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Magistrado

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Magistrado

1. Folios 2 y 3 [↑](#footnote-ref-1)
2. Sentencia T-724/09 [↑](#footnote-ref-2)