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 respectiva Secretaría.

**TEMAS: CAPTACIÓN MASIVA Y HABITUAL DE DINEROS / DESCUENTO PUNITIVO POR COLABORACIÓN CON LA JUSTICIA / NO FUE IMPORTANTE Y TRASCENDENTE EN ESTE CASO / PRISIÓN DOMICILIARIA / EL JUEZ DE CONOCIMIENTO TIENE COMPETENCIA PARA RESOLVER EL PUNTO EN LA SENTENCIA DE CONDENA.**

Si bien el recurrente reclama que el señor JRRD debe haber sido favorecido con el máximo de la rebaja a la que alude el canon 351 C.P.P., con fundamento en la colaboración que brindó, considera la Corporación que para determinar cuál es el margen de la diminuente a aplicar, debe establecerse si la aceptación de cargos evitó o no el desgaste en el que debía incurrir el órgano persecutor en la actividad investigativa para corroborar, en sede de juicio oral, si dicha persona se hacía merecedora o no a un reproche penal.

En este caso en concreto, y de conformidad con lo plasmado en la actuación, observa la Sala que para el momento en que el señor JRRD rindió interrogatorio a la Fiscalía -julio 18 de 2016-, e incluso con antelación a la formulación de imputación en su contra -diciembre 09 de 2016-, el órgano de persecución penal contaba con suficientes elementos materiales probatorios para demostrar que el mismo había incurrido en las conductas desviadas que le fueron atribuidas…

Como se aprecia, para el momento de la imputación de cargos, la Fiscalía tenía suficientes y contundentes elementos materiales probatorios con los cuales, de haber sido necesario, podría haber acudido al juicio con miras a derruir la presunción de inocencia del señor JRRD, a consecuencia de lo cual no puede pregonarse, como lo hace la defensa, que la intervención de este haya sido de suma importancia para el esclarecimiento de estos sucesos, y por ende que sea merecedor a la rebaja que alude el canon 351 C.P.P. (…)

Si bien es cierto la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de tiempo atrás había indicado que los jueces de instancia no deben pronunciarse sobre la sustitución de la prisión intramural por la domiciliaria en los eventos a los cuales se remite el canon 461 C.P.P. -aquellos contenidos en el artículo 314 C.P. - toda vez que ello es competencia exclusiva o excluyente que le ha sido reservada a los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, postura que igualmente fue reiterada por esa Alta Corporación -CSJ SP, 30 ago. 2017, rad. 47761-, y que había sido acogida por este Tribunal, tal línea de pensamiento fue variada…

Aunque esta Sala con fundamento en decisiones anteriores de la Alta Corporación, como igualmente lo hizo el a quo, reconocía que la competencia para determinar la procedencia o no de la prisión domiciliaria recaía en el Juez de Ejecución de Penas, no puede ser ajena al cambio jurisprudencial antes mencionado, por medio del cual se establece que será el juez de conocimiento el que deba efectuar el examen pertinente, y por ende tal precedente debe ser acogido por esta magistratura…

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**PEREIRA-RISARALDA**

** RAMA JUDICIAL**

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA

SALA de decisión PENAL

Magistrado Ponente

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, diecisiete (17) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

ACTA DE APROBACIÓN N° 467

SEGUNDA INSTANCIA

|  |  |
| --- | --- |
| Fecha y hora de lectura: | Mayo 20 de 2019. 10:01 a.m. |
| Acusado: | JRRD |
| Cédula de ciudadanía: | 98.393.964 de Pasto (N.) |
| Delito: | Captación masiva y habitual de dineros, y enriquecimiento ilícito de particulares |
| Víctima: | El orden económico y social |
| Procedencia: | Juzgado Séptimo Penal del Circuito con función de conocimiento de Pereira (Rda.) |
| Asunto: | Decide apelación interpuesta por la defensa contra el fallo condenatorio fechado marzo 19 de 2019. SE CONFIRMA |

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira pronuncia la sentencia en los siguientes términos:

1.- hechos Y precedentes

La situación fáctica jurídicamente relevante y la actuación procesal esencial para la decisión a tomar, se pueden sintetizar así:

1.1.- Conforme con lo plasmado en el fallo confutado, los hechos fueron denunciados en octubre 20 de 2008 por el Secretario de Gobierno de Pereira, quien dio cuenta de las actividades desarrolladas por la Sociedad D.R.F.E. –Dinero Rápido, Fácil y Efectivo-, de las cuales se presumía que captaba dineros del público sin permiso para ello. Adelantadas las labores investigativas se corroboró que en cabeza de tal esquema piramidal se encontraba CARLOS ALFREDO SUÁREZ, quien constituyó el establecimiento de comercio “Proyecciones D.R.F.E.”, que inscribió en la Cámara de Comercio de Pereira en septiembre de 2005, dedicado a la renta de capital, inversiones, préstamos, a la vez que ofrecía altos rendimientos, y la rentabilidad que generó le permitió abrir sedes en diferentes departamentos del país.

Posteriormente creó la denominada “Comercializadora D.R.F.E.” en noviembre de 2007, cuya finalidad era invertir los dineros recibidos, con miras a dar apariencia de legalidad a lo allí realizado, ante lo cual la Superintendencia Financiera intervino dichas empresas y por resolución 1778 de noviembre 11 de 2008 dispuso la cesación de sus actividades. A la firma “Proyecciones D.R.F.E.” estuvo vinculado el señor JRRD desde abril 22 de 2008 como franquiciante en Pitalito (H.), siendo uno de los responsables de su funcionamiento, para lo cual fue delegado por ALFREDO SUÁREZ.

Con ocasión de la actividad desarrollada por el señor JRRD, captó masiva y habitualmente dineros de 45 ciudadanos, cuyo monto supera un suma de $120´100.000,oo, y de acuerdo con el informe patrimonial que adelantó la policía judicial, no se justifica el incremento de su patrimonio con respecto a sus condiciones laborales y profesionales en una suma de $225´200.000,oo, e igualmente se evidencia que el acá procesado colaboró en el incremento patrimonial de CARLOS ALFREDO SUÁREZ al captar masiva y habitualmente dineros por un monto de $24.627´754.070.

1.2.- Luego de adelantadas las labores investigativas se realizó la audiencia de formulación de imputación (diciembre 09 de 2016) ante el Juzgado Sexto Penal Municipal con función de control de garantías de Santa Marta (Mag.), en la cual se le endilgaron cargos al señor JRRD, por las conductas de captación masiva y habitual de dineros -art. 316 C.P.P.- en concurso heterogéneo con enriquecimiento ilícito de particulares -art. 327 C.P.-, los cuales SE ALLANÓ.

1.3.- Ante esa aceptación unilateral de cargos, la Fiscalía presentó formal escrito de acusación (marzo 1° de 2017) en el cual ratificó los cargos como autor de las conductas referidas, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Séptimo Penal del Circuito con función de conocimiento de esta capital, autoridad ante la cual, luego de múltiples aplazamientos, se llevó a cabo la audiencia de verificación de aceptación de cargos (marzo 19 de 2019) y en esa misma oportunidad se realizó la audiencia de individualización de pena y se dictó el fallo respectivo, por medio del cual: (i) se declaró responsable a JRRD por los delitos de captación masiva y habitual de dineros y enriquecimiento ilícito de particulares; (ii) se le impuso sanción privativa de la libertad equivalente a 71 meses y 1 día de prisión, multa de 32.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término de cinco (5) años; y (iii) le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, por lo cual dispuso librar la correspondiente orden de captura.

1.4.- Inconforme con esa determinación, el defensor del sentenciado apeló la decisión y manifestó que la sustentaría por escrito.

2.- Debate

**2.1.-** Defensa -recurrente*-*

Pide se revoque el fallo adoptado para que en su lugar se reduzca la pena impuesta, e igualmente le sea concedido a su defendido la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia, lo cual sustenta en lo siguiente:

El a quo decidió aplicar solo un 35% de descuento, cuando de los elementos de prueba aportados por la Fiscalía, se deduce que previo a la imputación de cargos, el procesado brindó suficiente colaboración que ayudó al esclarecimiento de los hechos; así mismo obra en la carpeta que inmediatamente fue contactado procedió a devolver a un número considerable de personas los aportes en cuantía de $7.000´000.000,00 aproximadamente. Ello motivó incluso a la Fiscalía a no solicitar medida de aseguramiento en su contra y estima que el juez debe estudiar de fondo todo el acervo que traslade la Fiscalía, pues de haberse efectuado tal labor el señor **JRRD** hubiera sido merecedor del máximo descuento, esto es, el 50%, y que se hubiera partido del mínimo de la pena, lo que implicaría que la pena a imponer sería de 51.2 meses.

En relación con la petición de la concesión de la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia, el juez se abstuvo de definir lo pertinente, al considerar que es competencia de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, conforme la sentencia 47761 de 2017, pero no tuvo en cuenta el caso específico que allí se ventiló, al pasar por alto apartes de esa decisión, máxime que en la sentencia 50364 de 2017, la Corte señala que para establecer cuando la competencia es del juez de conocimiento o el de Ejecución de Penas, ello depende de las circunstancias de cada caso en particular, y para no afectar derechos fundamentales cada instancia es competente para decidir en determinado momento, acorde con las circunstancias específicas.

Aduce que la prisión domiciliaria que pidió no lo fue a favor del procesado, sino de su hijo menor de edad y su compañera permanente que padece problemas de salud, y por ende con la decisión del a quo de pretermitir el estudio de los elementos de prueba y ordenar su captura, trasgrede normas superiores.

Agrega igualmente, que por la distancia entre Pereira y Santa Marta, el tiempo estimado en que el proceso se envíe a los Juzgados de Ejecución de Penas de esa ciudad –donde el procesado tiene su arraigo- podría ser superior a los seis meses y no es lógico que durante ese tiempo se prive al menor de la figura paterna, para que el juez luego determine que efectivamente cumple con las condiciones requeridas, lo cual sería someter al menor a un período perjudicial e innecesario que contraía intereses superiores, por lo cual considera viable el estudio de los elementos probatorios para acreditar que el señor **JRRD** es padre cabeza de familia, ante la incapacidad de su madre MARYBEL VALENCIA QUEJUAN, y no existir otra persona que se haga cargo de ellos.

**2.1.-** Fiscalía -no recurrente-

Pide se confirme la sentencia proferida, por cuanto se encuentra ajustada a derecho.

Frente al primero de los problemas jurídicos aduce que la colaboración del señor **JRRD** ante la Administración de Justicia, ha sido en cuanto a presentarse cuando es requerido, así mismo rindió interrogatorio en julio 18 de 2016 donde señaló los mandos y cuadros directivos de “Proyecciones D.R.F.E.” que abrió la sede en Pitalito (H.), y que hizo devolución de dineros hasta que llegó la Superintendencia cuando se incautaron $8.505´110.000.oo posteriormente entregados a la interventoría.

En cuanto a la valoración de colaboración del procesado con la investigación y devolución de dineros para efectos de este recurso, no le corresponde hacerlo a la Fiscalía, salvo lo corroborado en el expediente en los términos aludidos, aunque concluye que por lo menos de parte de la Fiscalía no se acredita o predica obstrucción a los procedimientos por parte del acusado; así mismo, en cuanto al descuento punitivo por aceptación de cargos, ello corresponde a la valoración judicial, el cual está dentro del rango de ley, por lo cual no amerita confrontación alguna por parte del ente acusador.

Con respecto a quien sería el competente para otorgar la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia, aduce que ello es de competencia de los Jueces de la República, no obstante como lo dijo el sentenciador, tal decisión corresponde a los Juzgados de Ejecución de Penas; pero con ocasión de las sentencias señaladas por el recurrente, respecto al interés superior del menor, debe efectuar la judicatura un test de ponderación que dilucide lo pedido. Se atiene a lo que en derecho se resuelva.

**2.3.-** Debidamente sustentado el recurso, el juez a quo lo concedió en el efecto suspensivo y dispuso la remisión de los registros pertinentes ante esta Corporación con el fin de desatar la alzada.

3.- Para resolver, se considera

**3.1.- Competencia**

La tiene esta Colegiatura de conformidad con los factores objetivo, territorial y funcional a voces de los artículos 20, 34.1 y 179 de la Ley 906 de 2004 -modificado este último por el artículo 91 de la Ley 1395 de 2010-, al haber sido oportunamente interpuesta y apropiadamente sustentada una apelación contra providencia susceptible de ese recurso y por las partes habilitadas para hacerlo -en nuestro caso la defensa-.

**3.2.-** **Problema jurídico planteado**

Se contrae básicamente a determinar si en el caso concreto hay lugar a la redosificación punitiva que se solicita para el sentenciado **JRRD**, al considerar que por haber aceptado cargos durante la audiencia de formulación de imputación, la rebaja de pena concedida debió ser superior a la otorgada, por la colaboración que brindó a las autoridades; igualmente, debe establecerse si es el juez de conocimiento o el de ejecución de penas el que debe pronunciarse frente a la sustitución de la prisión intramural por la domiciliaria, por su condición de padre cabeza de familia.

**3.3.- Solución a la controversia**

Nos encontramos en presencia de un trámite abreviado por la admisión de los cargos al momento de la formulación de imputación efectuada al señor **JRRD**, lo cual hizo de manera libre, voluntaria, consciente, debidamente asistido, y profusamente ilustrado acerca de las consecuencias de hacer dejación de su derecho a la no autoincriminación, lo que no obsta para asegurar que además de ese allanamiento unilateral que despeja el camino hacia el proferimiento de un fallo de condena, en el diligenciamiento en verdad existen elementos de convicción que determinan que las conductas ilícitas que se pregonan sí ocurrieron y que el hoy sentenciado tuvo participación activa en las mismas.

No se avizora irregularidad sustancial alguna de estructura o de garantía, ni error *in procedendo* insubsanable que obligue a la Sala a retrotraer la actuación a segmentos ya superados; en consecuencia, se procederá al análisis de fondo que en derecho corresponde.

El profesional del derecho que asiste al señor **JRRD**, no cuestiona la responsabilidad admitida por vía de la aceptación unilateral. Lo que se censura es lo relativo a la tasación punitiva al sostener que la rebaja de pena otorgada por el a quo debió ser del 50%, tal cual le fue ofrecido por la Fiscalía al momento de imputarle cargos -esa afirmación NO ES CIERTA porque la Fiscalía hizo alusión en forma genérica a los descuentos a los cuales se refiere el artículo 351 C.P.P., pero nunca refirió un porcentaje específico-, en tanto debía tener en cuenta la colaboración que prestó en el presente asunto, incluso con antelación a tal diligencia, habida cuenta que permitió sin reparos la revisión de cuentas, libros y contabilidad, entregó números de cuentas, modus operandi, inversiones, y devolvió a un número considerable de personas los aportes en una cuantiosa suma.

A su turno, el fiscal que atendió el asunto precisó que el acá acusado compareció en las ocasiones que fue requerido por el órgano persecutor, y en una de esas oportunidades rindió interrogatorio en julio 18 de 2016, en la que indicó los mandos y cuadros directivos de “Proyecciones D.R.F.E.”, además de expresar que fue el encargado de abrir la sede en Pitalito (H.), y ayudar a abrir la de Garzón (H.), y que hizo devolución de dineros hasta el momento en que se intervino el establecimiento por la Superintendencia cuando se incautó el dinero que allí se encontraba. No obstante además de ello no hace alusión a colaboración alguna que hubiera efectuado el señor **JRRD** en la referida investigación, salvo eso sí, que por parte del mismo no se presentó obstrucción a los procedimientos realizados.

Si bien el recurrente reclama que el señor **JRRD** debe haber sido favorecido con el máximo de la rebaja a la que alude el canon 351 C.P.P., con fundamento en la colaboración que brindó, considera la Corporación que para determinar cuál es el margen de la diminuente a aplicar, debe establecerse si la aceptación de cargos evitó o no el desgaste en el que debía incurrir el órgano persecutor en la actividad investigativa para corroborar, en sede de juicio oral, si dicha persona se hacía merecedora o no a un reproche penal.

En este caso en concreto, y de conformidad con lo plasmado en la actuación, observa la Sala que para el momento en que el señor **JRRD** rindió interrogatorio a la Fiscalía -julio 18 de 2016-, e incluso con antelación a la formulación de imputación en su contra -diciembre 09 de 2016-, el órgano de persecución penal contaba con suficientes elementos materiales probatorios para demostrar que el mismo había incurrido en las conductas desviadas que le fueron atribuidas, razón por lo cual no se puede pregonar a la hora de ahora que la información entregada al ente acusador haya sido de tal magnitud que hubiera ayudado a poner fin al entramado que había sido creado por el señor CARLOS ALFREDO SUÁREZ dentro del sistema piramidal denominado “Proyecciones D.R.F.E.”.

Obsérvese que con antelación a lo dicho por el acá acusado, ya la Fiscalía había desplegado una amplia actividad investigativa en todos los departamentos del país donde se tenía conocimiento que funcionaba tal empresa; y ello permitió, entre otros aspectos, identificar a las personas que ostentaban cargos de importancia en esa organización, varios de los cuales incluso fueron condenados años atrás -CARLOS ALFREDO SUÁREZ, VÍCTOR ARTURO BASTIDAS y MYRIAM LUCÍA SOLARTE-, como se aprecia de los elementos probatorios allegados, evidenciándose que fue el mismo fundador de dicha compañía en interrogatorio que rindió en marzo 16 de 2009, quien aportó datos acerca de ciudadanos que tenían vínculo con esa organización, ya fuera como franquiciantes o administradores, y fue precisamente allí donde se señaló al señor **JRRD**, como situación que finalmente concretó el órgano persecutor al no ahorrar esfuerzos en las labores investigativas, amén de la connotación de este asunto.

Igualmente, de los informes que rindieron los investigadores del CTI, se logró establecer el *modus operandi* de la organización piramidal, el número de víctimas en esas operaciones, los montos captados y el incremento patrimonial no justificado de quienes participaban de dicha organización, entre ellos el acá procesado.

Como se aprecia, para el momento de la imputación de cargos, la Fiscalía tenía suficientes y contundentes elementos materiales probatorios con los cuales, de haber sido necesario, podría haber acudido al juicio con miras a derruir la presunción de inocencia del señor **JRRD**, a consecuencia de lo cual no puede pregonarse, como lo hace la defensa, que la intervención de este haya sido de suma importancia para el esclarecimiento de estos sucesos, y por ende que sea merecedor a la rebaja que alude el canon 351 C.P.P.

Diferente hubiera sido la situación, si los órganos de investigación del Estado desconocieran esta trama y el aquí procesado en una etapa primigenia se hubiera presentado a poner en conocimiento lo que sabía, en tanto ahí sí, bien podría el *a quo* haberle otorgado el máximo descuento, pues con ello se evitaría un desgaste a la Administración de Justicia con miras a confirmar su responsabilidad. Pero ello no ocurrió en el presente asunto, como ha quedado soportado en líneas anteriores, y en consecuencia la Colegiatura considera que el porcentaje de rebaja que fue asignado por el funcionario de primer nivel, esto es, del 35% de la pena imponible, se encuentra ajustado a derecho.

Ahora, con respecto al segundo tema en discusión, reclama el recurrente la concesión a favor del hijo menor del señor **JRRD**, y de su cónyuge, la sustitución de la prisión intramural ordenada por el a quo, por la domiciliaria, al estimar que cumple las exigencias para ostentar la condición de padre cabeza de familia.

Sobre ese particular se dirá que es cierto que en el trámite del proceso y en desarrollo de la audiencia a la que alude el canon 447 C.P.P., el defensor del acusado solicitó al a quo que le concediera la prisión domiciliaria por ser padre cabeza de familia de un menor –de 4 años de edad-, carecer de antecedentes penales, haberse allanado a los cargos, haberle ahorrado a la Administración de Justicia tiempo y dinero, haber concurrido a las audiencias, y haber acatado los requisitos para ser merecedor de tal beneficio. Empero, frente a tal petición -previa postura de la Fiscalía y del Ministerio Público-, el juzgado se abstuvo de hacer alusión a los documentos aducidos por la defensa -que enviaría posteriormente-, por cuanto la H. Corte Suprema en una línea jurisprudencial pacífica ha dicho que lo pretendido por la defensa no es competencia de los jueces de conocimiento, sino de los de Ejecución de Penas, como así lo dejó plasmado en el fallo emitido.

Si bien es cierto la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de tiempo atrás había indicado que los jueces de instancia no deben pronunciarse sobre la sustitución de la prisión intramural por la domiciliaria en los eventos a los cuales se remite el canon 461 C.P.P. [[1]](#footnote-1) -aquellos contenidos en el artículo 314 C.P.[[2]](#footnote-2)- toda vez que ello es competencia exclusiva o excluyente que le ha sido reservada a los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad[[3]](#footnote-3), postura que igualmente fue reiterada por esa Alta Corporación -CSJ SP, 30 ago. 2017, rad. 47761-, y que había sido acogida por este Tribunal, tal línea de pensamiento fue variada como se aprecia a continuación:

“4. Ahora bien, el artículo 314[[4]](#footnote-4) del Código de Procedimiento Penal regula la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la del lugar de residencia, y, dentro de las hipótesis allí enlistadas, prevé, en el numeral 5, su viabilidad 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 (…)».*

Esa disposición –ha manifestado la Sala- aunque en principio sería aplicable para la imposición de la medida de aseguramiento, también procede para efectos de la sustitución de la pena de prisión por la domiciliaria, toda vez que el canon 461 del ordenamiento procesal penal faculta al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad para sustituir la ejecución de la sanción privativa del derecho ‘*en los mismos casos de la sustitución de la detención preventiva’*» (CSJ SP 22 jun. 2011, rad. 35943).

5. De otra parte –ha insistido la Corte- el juez, en la sentencia, no solo define la responsabilidad del acusado, sino que establece las consecuencias derivadas de la comisión de la conducta punible, una vez concretada aquélla y, por ende, le resulta imperativo adoptar todas las decisiones *«concernientes a la libertad de la persona, entre las cuales se encuentran la determinación de la pena principal, sus sustitutos y los mecanismos sustitutivos de la prisión.»* (CSJ AP, 6 abr, 2006, rad. 24110).

[…]

Así las cosas, es ostensible el yerro del Tribunal al dejar de aplicar en su real dimensión el numeral 5 del artículo 314 tantas veces aludido, en concordancia con el 1 de la Ley 750 de 2002, e ignorar la competencia que para efectos de ocuparse sobre la prisión domiciliaria tiene el juez de conocimiento al momento de proferir sentencia.

Vale la pena acotar que lo anterior no se contrapone con la remisión que en algunas ocasiones ha hecho la Corporación, en sede de casación, para que los jueces de ejecución de penas se pronuncien sobre el sustituto en mención (CSJ AP, 9 mar. 2011, rad. 35524 y CSJ AP403-2017, rad. 45963, entre otros), toda vez que, si los de conocimiento omitieron su examen o con posterioridad al fallo han variado las condiciones del condenado o de su núcleo familiar, ello puede ventilarse ante los funcionarios judiciales de ejecución de penas” [[5]](#footnote-5).

Aunque esta Sala con fundamento en decisiones anteriores de la Alta Corporación, como igualmente lo hizo el a quo, reconocía que la competencia para determinar la procedencia o no de la prisión domiciliaria recaía en el Juez de Ejecución de Penas, no puede ser ajena al cambio jurisprudencial antes mencionado, por medio del cual se establece que será el juez de conocimiento el que deba efectuar el examen pertinente, y por ende tal precedente debe ser acogido por esta magistratura; en consecuencia, la Corporación pasará a hacer el respectivo análisis de fondo:

El artículo 1º de la Ley 1232/08, que modificó la Ley 82/93[[6]](#footnote-6), prescribe: “[…] 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**” -resaltado fuera del texto-.

Tal norma se hace extensible a los hombres que se consideran jefes de hogar, como así lo expresó la Corte Constitucional en la sentencia C-964/03, al estudiar la demanda presentada contra algunos de los artículos contenidos en la Ley 89/93, donde dispuso que “[…] los beneficios establecidos en dichos artículos a favor de las personas dependientes de la mujer cabeza de familia se harán 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 […]”.

Ahora bien, la Corte Constitucional en la Sentencia SU-338/05, señaló que para considerar que una persona ostenta la categoría de padre cabeza de hogar, es presupuesto indispensable lo siguiente:

“(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 sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla 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”.[[7]](#footnote-7)

De similar manera esa Alta Corporación, en sentencia T-003/18, ha indicado que tal condición se acredita cuando la persona:

“(i) tiene la responsabilidad permanente de hijos menores o personas incapacitadas para trabajar, (ii) no cuenta con la ayuda de otros miembros de la familia y (iii) su pareja murió, está ausente de manera permanente o abandonó el hogar y se demuestra que esta se sustrae del cumplimiento de sus obligaciones, o cuando su pareja se encuentre presente pero no asuma la responsabilidad que le corresponde por motivos como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental”.

Bajo tales criterios, es forzoso concluir que en este asunto no se acreditó en debida forma que el señor **JRRD** cumpla con tales requisitos, y que sea el único que se encuentra a cargo de su descendiente menor de edad, sin que cuente con el apoyo de ningún otro miembro de su grupo familiar, amén de la situación médica que al parecer padece su esposa MARIBEL VALENCIA.

La defensa para corroborar la condición de padre cabeza de familia del señor **JRRD** allegó los siguientes elementos probatorios: (i) Informe pericial suscrito por psicólogo particular, donde se concluye que el procesado carece de alteración en su estado emocional o trastorno de personalidad, lo cual le permite convivir con sus familiares, y que acata su rol como padre cabeza de hogar al ser quien proporciona estabilidad económica, y cuidado emocional a su cónyuge que padece alteraciones psicológicas, y otras afecciones médicas; (ii) Registro Civil de Nacimiento del menor D.S.R.V., de 4 años de edad en la actualidad; (iii) Registro Civil de Nacimiento y certificado de defunción del menor M.G.R.V. -de 5 años de edad para ese momento-, (iv) declaraciones extraproceso[[8]](#footnote-8); y (v) copia de las historias clínicas de la señora MARIBEL VALENCIA QUEJUAN.

Si bien no puede desconocerse que con la concesión de la prisión domiciliaria se propende por la protección del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, que pueden verse afectados con una medida que restrinja la libertad de sus progenitores, ello no releva a quien pretenda obtener tal beneficio de cumplir las exigencias que le permitan al funcionario judicial determinar, sin dubitación alguna, que el mismo sí ostenta la calidad que reclama.

En este asunto y con fundamento en los elementos de prueba arrimados a la actuación, se desprende que al parecer el señor **JRRD** es el único que provee el sostenimiento económico para su hijo menor de edad, y que su esposa sufre problemas médicos que le impiden laborar; empero, no se acreditó que el mismo carezca de la ayuda de otros miembros de su núcleo familiar, y que en efecto sea él quien de manera solitaria deba asumir todo el compromiso económico.

Adicional a ello, existen otros factores que conllevan a negar lo pedido por el señor **JRRD** y que no pueden dejarse de lado. En primer término, el relativo a la gravedad de los delitos por los cuales fue sentenciado, mismos que deben analizarse con miras a determinar el peligro para la comunidad previa a la concesión del beneficio reclamado. Lo cual es evidente porque en este caso surge diáfano que con su accionar al servicio de la empresa “Proyecciones D.R.F.E.”, no solo se afectó a miles de personas que depositaron allí gran cantidad de dinero -como se aprecia de las sumas incautadas-, sino que igualmente se generó gran incertidumbre económica en los lugares del país donde funcionaba dicha compañía, lo que ameritó que el Estado procediera a la intervención de la actividad de captación que se realizaba, pero pese a tal labor muchos de los llamados “inversionistas” no pudieron recuperar los dineros entregados, o si ello acaeció lo fue en unos montos ínfimos en comparación con lo depositado. Y en segundo lugar, la no plena indemnización integral de todos los perjuicios, como exigencia que consagra el literal b, numeral 4º del artículo 38 B C.P.

Se aprecia en consecuencia que no solo no existe una demostración fehaciente acerca de la categoría de padre cabeza de familia, sino que además las conductas por las cuales se acusó son de una gravedad considerable que implican una evidente puesta en peligro de la comunidad, y no se tiene establecida la indemnización integral de los perjuicios.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** el fallo condenatorio proferido por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Pereira (Rda.) en contra del ciudadano **JRRD,** por los delitos de captación masiva y habitual de dineros, y enriquecimiento ilícito de particulares.

Esta providencia queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso extraordinario de casación que de interponerse habrá de hacerse dentro del término de ley.

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

La Secretaria de la Sala,

ADRIANA JULIA CATAÑO LÓPEZ

1. **Sustitución de la ejecución de la pena**. 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. [↑](#footnote-ref-1)
2. **Sustitución de la detención preventiva**. […] 4. Cuando el imputado o acusado estuviere en estado grave por enfermedad, previo dictamen de médicos oficiales”. [↑](#footnote-ref-2)
3. CSJ AP, 11 dic. 2013, Rad. 41300, reiterado en AP 30 jul. 2014, Rad. 38262. [↑](#footnote-ref-3)
4. Modificado por el 27 de la Ley 1142 de 2007. [↑](#footnote-ref-4)
5. CSJ SP, 6 dic. 2017, Rad. 50364. [↑](#footnote-ref-5)
6. Por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia. [↑](#footnote-ref-6)
7. Corte Constitucional, sentencia SU-388 de 2005 (MP Clara Inés Vargas Hernández; SV, Jaime Araújo Rentería). [↑](#footnote-ref-7)
8. En estas se señala que conocen al señor **JRRD** y a su esposa MARIBEL VALENCIA, y que tanto ella como su menor hijo dependen económicamente de su compañero, a la vez que hacen alusión a la condición médica de esta última, que le impide exponerse al sol y además se encuentra de luto por la muerte de uno de sus hijos. [↑](#footnote-ref-8)