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: TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES / PRISIÓN DOMICILIARIA / MODALIDADES / CONDICIÓN DE MADRE O PADRE CABEZA DE FAMILIA / REQUISITOS / COMPETENCIA PARA DECIDIR / LA TIENE EL JUZGADO DE CONOCIMIENTO.**

… teniendo en cuenta que los reproches que el recurrente ha formulado en contra del fallo confutado también están relacionados con el no reconocimiento en favor de los procesados ORM y WSAB de la pena sustitutiva de la prisión domiciliaria en ocasión a sus condiciones de padres cabeza de familia, la Colegiatura considera pertinente hacer un somero y breve estudio sobre las características del susodicho subrogado punitivo…

… la prisión domiciliaria admite muchas modalidades que son disimiles entre sí debido a que se fundamentan en fines y propósitos diferentes.

Entre dichas modalidades se encuentran las siguientes:

• La básica, que se encuentra reglamentada por el artículo 38 C.P…

• La prisión domiciliaria por detentar el condenado o condenada la calidad o condición de Padre o Madre de cabeza de familia, que es regulada por la Ley 750 de 2.002…

… a pesar que -cada- una de las anteriores modalidades de la pena de prisión domiciliaria tienen unas características que le son propias, aunado a que para la procedencia de las mismas se hace necesario el cumplimiento de unos requisitos que difieren entre sí, bien vale la pena tener en cuenta que entre ellas existe un factor… que les es común, el cual consiste en que todas tienen la calidad de pena sustituta, y en tal condición se deben regir por los principios y funciones que deben cumplir las penas…

… la prisión domiciliaria se encuentra prevista como sustituta de la prisión intramural en los eventos en que concurre en el procesado la condición de padre o madre cabeza de familia…

… la Corte Constitucional en sentencia SU-388 de 2005 advirtió que, no toda persona puede ser considerada como padre cabeza de familia por el sólo hecho de que esté a su cargo la dirección del hogar, y que para tener dicha condición es presupuesto indispensable: i) tener a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; ii) que aquella responsabilidad sea de carácter permanente…

… la Sala… quiere dejar en claro que la competencia para decidir sobre la subrogación de la pena de prisión por prisión domiciliaria, por regla general, radica es en el Juzgado de Conocimiento y no en el de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, por la sencilla razón consistente en que, según las voces del artículo 38 del C.P. la prisión domiciliaria es una pena substitutiva de la prisión intramural, y por ende ese es un asunto que le concierne al Juzgado de conocimiento, por ser el único habilitado para pronunciarse en la sentencia sobre las penas a imponer al declarado penalmente responsable…

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

Magistrado Ponente:

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**SENTENCIA DE 2ª INSTANCIA**

Pereira, dieciséis (16) de diciembre de dos mil veintidós (2.022).

Aprobado por acta No. 1173

Hora: 3:00 p.m.

Procesado: ORM y WSAB

Radicado: 66001 60 00 035 2020 01834 01

Delitos: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

Procede: Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira

Asunto: Se desata recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia condenatoria.

Tema: Requisitos para la prisión domiciliaria

Decisión: Confirma fallo opugnado

**ASUNTO A DECIDIR:**

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de la sentencia proferida en las calendas del 29 de agosto de 2022 por el Juzgado 3° Penal del Circuito de Pereira, dentro del proceso que le siguió en contra de los procesados ORM y WSAB por incurrir en la comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

**ANTECEDENTES:**

Según se contrae del contenido del escrito de acusación, se tiene que el 5 de octubre de 2020, a las 03:10 horas aproximadamente, en vía pública del sector de la “Y” de Cerritos, en la ruta que conduce a Andalucía — a la altura del kilómetro 86 — miembros de la Policía Nacional dieron captura a los señores ORM y WSAB, quienes se movilizaban en el automotor tipo camión de placas SPP-899, el cual era piloteado por el último de los ciudadanos en alusión.

El rodante en comento fue objeto de registro y en el mismo se transportaba una carga de harina de trigo y algunos muebles, debajo de los cuales se encontraban 718 paquetes envueltos en cinta de enmascarar, los cuales contenían una sustancia verde seca, con características similares a estupefacientes, por lo que se procedió a la incautación de esta y de rodante aludido.

Aquella sustancia fue sometida a la prueba de identificación preliminar homologada (PIPH), la cual resultó ser positiva para cannabis sativa, la cual arrojó un peso neto de 359.000 gramos.

**SINOPSIS DE LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. Las audiencias preliminares se celebraron el 6 de octubre de 2020 ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Pereira, Risaralda, acto en el cual se declaró legal la captura de los ciudadanos ORM y WSAB, así como la incautación del camión de placas SPP-899. En ese mismo acto, la F.G.N. les comunicó cargos como coautores del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, previsto en el inciso 1° del artículo 376 del CP, verbo rector “transportar”, los cuales no fueron aceptados por los procesados. Finalmente, se resolvió la situación jurídica de los ciudadanos en mención imponiéndoles medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en los respectivos lugares de residencia.
2. El libelo acusatorio fue radicado el 12 de diciembre de 2.020, el cual le correspondió por reparto al Juzgado 3º Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Pereira, luego de múltiples aplazamientos solicitados por los defensores de los encausados, pudo llevar a cabo la audiencia de formulación de acusación el 15 de julio de 2.022, en la que el Delegado del Ente Investigador dio a conocer el preacuerdo celebrado con los señores ORM y WSAB, el cual consistía en que estos se allanaban a los cargos por los que vienen siendo investigados, a cambio de que el Ente Fiscal degradara, únicamente para efectos punitivos, su participación de coautores a cómplices, cuya pena a imponer partiría del mínimo de la sanción prevista para el reato previsto en el artículo 376 inciso 1°, es decir 128 meses de prisión, monto al que se le aplicaría un descuento del 40%, quedando la misma en 76 meses y 24 días de prisión y la pena de multa en 800,4 s.m.l.m.v.

Dicha negociación fue avalada por el Juez Primero Penal del Circuito de Pereira.

3) En las calendas del 29 de agosto de 2.022 se procedió a proferir la correspondiente sentencia condenatoria, en contra de la cual se alzó de manera oportuna el abogado defensor.

**EL FALLO CONFUTADO:**

Como se sabe, se trata de la sentencia anticipada proferida el 29 de agosto de 2.022 por parte del Juzgado 3° Penal del Circuito de Pereira, mediante la cual se declaró la responsabilidad penal de los procesados ORM y WSAB por incurrir en la comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

Como consecuencia de la declaratoria del compromiso penal de los acusados ORM y WSAB, los susodichos fueron condenados a purgar una pena de 76 meses y 24 días de prisión y el pago de multa de 800,4 S.M.L.M.V., igualmente, por no cumplirse con los requisitos de ley, no se les reconoció el disfrute de subrogados ni de substitutos penales.

Los fundamentos que tuvo en cuenta el Juzgado de primer grado para declarar la responsabilidad criminal de los procesados, se basaron en la decisión de los acusados de pactar un preacuerdo con la Fiscalía, sumado a las pruebas habidas en la actuación, las cuales satisfacían los requisitos exigidos por el artículo 381 C.P.P. para proferir una sentencia condenatoria.

De igual manera, en dicha decisión no se le concedió al procesado el sustituto de la ejecución condicional de pena, tenido en cuenta que en el presente asunto no se satisfacía el factor objetivo exigido en el artículo 63 del C.P., pues el monto de la sanción impuesta superaba los cuatro años de prisión, fuera de que existe una expresa prohibición legal respecto al delito aquí investigado, el cual se encuentra excluido de cualquier beneficio liberatorio, conforme a lo señalado en el artículo 68A ibidem.

Finalmente, y en consideración a la solicitud elevada por la defensa de los coprocesados tendiente al reconocimiento de la prisión domiciliaria como padres cabeza de familia, la juez de conocimiento consideró que en atención a las previsiones del artículo 461 del C.P.P., la sustitución de la ejecución de la pena por la de prisión domiciliaria, era de resorte exclusivo de los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, quienes a través de un estudio socio familiar pueden verificar si efectivamente si los aquí investigados ostentan dicha calidad, pues la misma no se adquiere por el simple hecho de tener a su cargo hijos menores de edad, ya que se requiere de elementos de juicio que soporten la solicitud de dicho beneficio.

Así mismo, la jueza de conocimiento advirtió que había eventos en los cuales la detención en el lugar de residencia podía ser otorgada de manera provisional, pero que en el evento de marras, no se habían aportados los E.M.P. suficientes para determinar que los familiares de los señores ORM y WSAB, se encuentran en un estado de total desprotección que haga necesaria la presencia de los procesados en sus lugares de residencias.

En consecuencia de lo anterior, se dispuso que los procesados purgaran la sanción que les fue impuesta en un establecimiento penitenciario.

**LA APELACIÓN:**

Los temas centrales de inconformidad planteados por el censor se limitan al monto de la pena de multa que le fue impuesta a sus representados, la cual se tasó en 800,4 s.m.l.m.v. y en la negativa de la concesión de la prisión domiciliaria en consideración a la condición de padre cabeza de familia de dicho ciudadano.

Tales tópicos los fundamentó de la siguiente manera:

* La sanción de multa que fue impuesta no se compadece con la situación económica del procesado, quien ni siquiera cuenta con los recursos para sufragar los honorarios de la defensa, por lo que se encuentra en imposibilidad de asumir dicha obligación.
* En consideración a lo anterior y teniendo en cuenta que la F.G.N. no acreditó que la víctima hubiese obtenido un incremento económico con la comisión de la conducta, consideró viable que esta Colegiatura procediera a disminuir el monto de la pena de multa.
* En lo que se refiere al otorgamiento de la prisión domiciliaria, advirtió que sus representados son padres cabeza de familia, y para acreditar tal condición, allegó los registros civiles de nacimiento de los hijos del señor WSAB, lo cual resulta ser suficiente para probar esa circunstancia.
* Teniendo en cuenta la naturaleza de la conducta punible, existe una expresa prohibición legal para el otorgamiento del beneficio pretendido, pero en aplicación a los principios de la humanización de la pena, de retribución y de colaboración con la justicia se podría acceder al mismo.
* En el caso del señor WSAB, sus dos menores hijos dependen única y exclusivamente de él, mientras que el señor ORM, tiene a su cargo a su señora madre, tal y como se desprende de la documentación legalmente allegada.
* Consideró errado el hecho de que la funcionaria de primer nivel no hubiera resuelto de fondo su solicitud tendiente al otorgamiento de la prisión domiciliaria en favor de sus representados, pues los E.M.P. allegados permiten inferir que los coprocesados son padres cabeza de familia, aunado a que la A quo si es competente para emitir un pronunciamiento al respecto, evitando de esta manera un estudio posterior por parte del Juez de Ejecución de Penas.
* Consideró que las declaraciones allegadas debían ser tenidas como medios de prueba, pues a través de las mismas se acreditan algunas circunstancias que rodean a los coprocesados frente a su condición de padres cabeza de familia, en aras de humanizar el tratamiento de las pena, en aras de que se decrete la detención domiciliaria en favor de los ciudadanos que aquí vienen siendo judicializados.

**LAS RÉPLICAS:**

El representante de la F.G.N. como sujeto procesal no recurrente, consideró que el fallo censurado debía ser confirmado en su integridad, con base en los siguientes planteamientos:

* La pena de multa que le fue impuesta a los procesados, es taxativa pues es la misma ley la que la prevé, por lo que acceder a un descuento resulta ser complejo, máxime cuando existen otros mecanismos judiciales.
* La sanción que les fue aplicada a los encartados satisface principio de la humanización de la pena, pues se debe recordar que estos llevan detenidos en su lugar de residencia por un lapso cercano a los dos años, a presar de la gravedad de la conducta que se les endilga, aunado a que el Ente Acusador fue benévolo en lo que respecta con la negociación realizada, lo cual también se predica del juzgado de conocimiento al aceptar los términos del preacuerdo y específicamente del descuento punitivo efectuado a los acusados.
* En ocasión al principio de la buena fe, no se desconoce que los aquí implicados puedan ser padres cabeza de familia, pero se desconocen los motivos por los cuales la defensa de los encausados argumentó que los señores ORM y WSAB sostenían económicamente sus hogares, pues estos se encuentran detenidos en cada uno de sus lugares de residencia y no existe evidencia que permita inferir que estos desempeñan una actividad que les permita percibir recursos, fuera de que no hay constancia de que esos ciudadanos cuenten con permiso para laborar.
* Se debe tener en cuenta que el artículo 68A del C.P., contempla una expresa prohibición legal frente a la concesión de beneficios y subrogados respecto a delitos como el aquí investigado.
* Consideró que la jueza de conocimiento no está negando de plano la prisión domiciliaria a los acusados, pues de hecho está dando la oportunidad de que los jueces de los lugares donde viven los señores ORM y WSAB, sean quienes tomen una determinación al respecto.
* Adujo que en el presente trámite se echa de menos una visita domiciliaria por parte de la autoridad competente, por medio de la cual se pueda establecer que los procesados son merecedores del beneficio pretendido.
* La defensa efectivamente aportó unas declaraciones por medio de las cuales se pretende acreditar la condición de padre cabeza de familia de los señores ORM y WSAB. Sin embargo, la norma es clara, por lo que no se debe tener en cuenta que se trata de unos ciudadanos que son buenas personas, pues la verdad la conducta que se les endilga es de gran entidad, fuera de que no existe respaldo probatorio a partir del cual se llegue a la conclusión que los mencionados señores son quienes satisfacen las necesidades de sus hogares.
* Consideró que en el evento de la referencia no se avizoraba una colaboración con la justicia, ya que los procesados se acogieron a una negociación, pero en ningún momento rindieron una declaración que permitiera por lo menos desmantelar una red de tráfico de estupefacientes, y ante la negociación efectuada, esos ciudadanos pudieron acceder a un descuento considerativo.
* Solicitó que se confirmara la decisión recurrida teniendo en cuenta que las penas impuestas a los procesados fueron preacordadas. Así mismo pidió que no se les concediera a los señores ORM y WSAB el beneficio de la prisión domiciliaria, por no satisfacer los requisitos legales previstos para tal fin.

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**- Competencia:**

La Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, acorde con lo consignado en el numeral 1º del artículo 34 del C.P. es la competente para asumir el conocimiento del presente asunto, por tratarse de un recurso de apelación interpuesto en contra de una sentencia proferida por un Juzgado Penal de uno de los Circuitos que hacen parte de este Distrito Judicial.

Igualmente, la Sala no avizora ningún tipo de irregularidad sustancial que haya incidido para viciar de nulidad la presente actuación y que conspire de manera negativa en la resolución de fondo de la presente alzada.

**- Problemas Jurídicos:**

Acorde con el contenido de las tesis de la discrepancia propuesta por el recurrente en la alzada, de la misma, como problemas jurídicos, se desprenden los siguientes:

¿Resuelta viable redosificar, disminuir y/o eliminar la pena de multa que le fue impuesta a los ORM y WSAB en razón a su precaria situación económica, la cual fue preacordada entre estos y en Ente Investigador?

¿Se cumplían con los requisitos necesarios para que la pena de prisión intramural impuestas a los procesados ORM y WSAB, como consecuencia de la declaratoria del compromiso penal endilgado en contra, pudiera ser substituida por prisión domiciliaria?

**- Solución:**

Para solucionar el primer problema jurídico propuesto, debemos empezar por recordar que los acá Procesados fueron condenados con base en un preacuerdo que hicieron con la Fiscalía, el cual fuera avalado por la Jueza Tercera Penal del Circuito de Pereira, una vez se verificó que efectivamente los encartados estaban de acuerdo con lo expuesto por el Ente Acusador.

De esa manera, se tiene que en la vista pública celebrada el 15 de julio de 2.022, el Ente Acusador puso en consideración de la jueza de primer grado una negociación celebrada con los coprocesados, consistente en que los señores ORM y WSAB se allanaban a los cargos por los que viene siendo procesados, a cambio de que el Ente Investigador degradara su grado de participación de coautores a cómplices únicamente para efectos de punibilidad, concediendo una rebaja del 40% de la pena a imponer, en consideración al momento procesal en que se efectuaba el preacuerdo, pactando la pena el 76 meses y 24 días y multa de 800,4 s.m.l.m.v.

Dicho pacto fue avalado por la Jueza Tercera Penal del Circuito de esta localidad.

Lo anterior, permite entrever que en todo momento se dejó claro el monto de la pena de multa a la cual serían condenados ambos encartados. Aunado a ello en esa vista pública no se hicieron observaciones por parte del delegado del Ministerio Público, ni mucho menos del abogado que ahora funge como recurrente o sus prohijado al monto de la pena que les iba a ser impuesta, por lo que de alguna manera se podría inferir que con lo manifestado por el recurrente veladamente lo que está haciendo es retractarse de lo preacordado.

En ese orden de cosas, vale la pena recordar que en materia de preacuerdo rige el principio de irretroactividad, el que nos señala que una vez aprobado o avalado el preacuerdo por parte de la Judicatura, a las partes no le está permitido desconocer o desdecir de lo acordado.

Situación que de tiempo atrás ha venido decantando la CSJ al decir:

“En efecto, legalizado el allanamiento o el acuerdo, bajo ninguna circunstancia es viable admitir la retractación de quien siendo capaz, de manera voluntaria y libre de cualquier apremio, admite su responsabilidad -con la asesoría de un defensor- y renuncia al axioma de no autoincriminación y, por ende, a gozar de un juicio público, concentrado y rodeado de las garantías de inmediación, contradicción e imparcialidad, a cambio de una rebaja sustancial de pena, pues ello no solo garantiza la seriedad de dicho acto jurídico sino que salvaguarda los postulados de igualdad de armas y lealtad procesal, habida cuenta que, desde ese preciso momento, la Fiscalía abandona su actividad investigativa para dedicar su esfuerzo a procurar que el proceso abreviado termine lo más pronto posible con sentencia condenatoria.

Solo excepcionalmente cabe admitir la retractación, cuando quiera que se demuestre la existencia de algún vicio del consentimiento o la violación de las garantías esenciales del procesado, en los términos del parágrafo del artículo 293 de la Ley 906 de 2004 y bajo la interpretación que sobre el particular ha consolidado la Corte (CSJ SP, 15 mayo de 2013, rad. 39.025).”

Con todo lo dicho hasta el momento, es claro que la *A quo* no fue quien de manera arbitraria o independiente estableció los parámetros para la tasación de la pena y de la multa a imponer a los aquí investigados, sino que ella lo único que hizo fue impartirle legalidad a lo que acordaron las partes, quienes desde la fecha en que se firmó el preacuerdo tenían pleno conocimiento de los términos de la negociación, por lo que no existían ni se dan los presupuestos para que la Sala entre a revisar y a realizar una nueva tasación de dicha sanción, pues se itera, la misma es producto de lo acordado entre las partes.

De esa manera, no son de recibo los reclamos ahora planteados en tal sentido por parte del recurrente, por ser contrarios al aludido principio de la irretractabilidad, el que le cerraría las puertas al recurrente para cuestionar la tasación del monto de las penas que fueron objeto de una negociación de la cual hizo parte.

Igualmente se debe recordar al censor que como consecuencia de la negociación que dio pie a la declaratoria de responsabilidad de los procesados y a la imposición de las respectivas penas, la Sala no se encuentra habilitada para modificar, disminuir y/o exonerar a los procesados del pago de la pena de multa, pues ese tópico en particular es de resorte exclusivo de los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad quienes que son los llamados a determinar una eventual amortización del pago de la pena de multa ya sea a través de su pago a plazos o mediante trabajo, como bien lo regulan los # 6º y 7º del artículo 39 del C.P. las cuales, en virtud del principio de igualdad, se pueden aplicar en aquellos eventos en el que la pena de multa funja como pena principal y acompañante de la pena de prisión.

Ahora bien, teniendo en cuenta que los reproches que el recurrente ha formulado en contra del fallo confutado también están relacionados con el no reconocimiento en favor de los procesados ORM y WSAB de la pena sustitutiva de la prisión domiciliaria en ocasión a sus condiciones de padres cabeza de familia, la Colegiatura considera pertinente hacer un somero y breve estudio sobre las características del susodicho subrogado punitivo, para luego determinar si en efecto el Juzgado *A quo* estuvo o no atinado en la decisión opugnada.

Acorde con la clasificación que el Código Penal ha hecho de las penas, las mismas se dividen en principales y sustitutivas[[1]](#footnote-1), fungiendo la prisión domiciliaria en la categoría de pena sustitutiva de la pena de prisión, debido a que con la misma ocurre un cambio en lo que corresponde con el sitio de reclusión del reo, el cual no será la prisión intramural sino el lugar en donde el condenado tenga su residencia o morada.

Es de destacar que la prisión domiciliaria admite muchas modalidades que son disimiles entre sí debido a que se fundamentan en fines y propósitos diferentes.

Entre dichas modalidades se encuentran las siguientes:

* La básica, que se encuentra reglamentada por el artículo 38 C.P. (subrogado por el artículo 22 de la Ley 1.709 de 2.014).
* La prisión domiciliaria por detentar el condenado o condenada la calidad o condición de Padre o Madre de cabeza de familia, que es regulada por la Ley 750 de 2.002[[2]](#footnote-2).
* La prisión domiciliaria por el cumplimiento de la mitad de la condena, la cual es reglada por el artículo 38G C.P. (artículo 28 de la Ley 1.709 de 2.014).

Es de anotar que a pesar que una de las anteriores modalidades de la pena de prisión domiciliaria tienen unas características que le son propias, aunado a que para la procedencia de las mismas se hace necesario el cumplimiento de unos requisitos que difieren entre sí, bien vale la pena tener en cuenta que entre ellas existe un factor o elemento que le es común, el cual consiste en que todas tienen la calidad de pena sustituta, y en tal condición se deben regir por los principios y funciones que deben cumplir las penas, acorde con lo consignado en los artículos 3º y 4º del Código Penal.

Como ya se advirtió, la prisión domiciliaria se encuentra prevista como sustituta de la prisión intramural en los eventos en que concurre en el procesado la condición de padre o madre cabeza de familia, en ese sentido la Corte Suprema de Justicia ha establecido que, para el otorgamiento de dicho sustituto, ha dicho:

“De la armonización de estas dos leyes se extrae que la prisión domiciliaria, bajo la modalidad de madre cabeza de familia, opera cuando la condenada tiene a cargo hijos menores, como también cuando constituye el **único soporte** de otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, bien por su edad o por problemas graves de salud. Lo anterior, siempre y cuando se verifiquen los requisitos consagrados expresamente en la norma que se acaba de trascribir.

(:::)

Ante este panorama, se tiene claro que: i) la Ley 750 de 2002 permite el cambio de sitio de reclusión (domiciliaria en lugar de intramuros) cuando la mujer o el hombre es **la única persona a cargo del cuidado y la manutención** de sus hijos menores de edad, siempre y cuando se reúnan los puntuales requisitos previstos en la ley y desarrollados por la jurisprudencia y ii) el mismo beneficio puede otorgarse a la mujer que tenga la calidad de madre cabeza de familia respecto de **otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar**, que integren su núcleo familiar, bajo las limitaciones establecidas en la ley (valga la necesaria repetición)...”[[3]](#footnote-3).

La condición de cabeza de familia tiene fundamento en el mandato constitucional del artículo 43 según el cual “el Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia”, así, por medio de la Ley 82 de 1.993 se expidieron normas para apoyar de manera especial a la Mujer Cabeza de Familia y en el artículo 2º consagró como aquella, la que *“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...”,* postulados que deben entenderse extensibles a los padres que se encuentren en la misma situación, en aras de proteger la prevalencia de los derechos de los niños y el grupo familiar al que pertenecen.

Pese a lo anterior la Corte Constitucional en sentencia SU-388 de 2005 advirtió que, no toda persona puede ser considerada como padre cabeza de familia por el sólo hecho de que esté a su cargo la dirección del hogar, y que para tener dicha condición es presupuesto indispensable: i) tener a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; ii) que aquella 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 o, 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.

En el presente asunto, se pretende por parte del apelante el reconocimiento de la condición de padres cabeza de familia de los procesados ORM y WSAB, para que se les conceda la sustitución de la prisión en establecimiento carcelario en el lugar de sus respectivas residencias, basada en el argumento consistente en que los procesados satisfacen a cabalidad los requisitos exigidos en la norma, porque los mismos se desprenden de los E.M.P. allegados, los que deben ser valorados en su integridad y de manera conjunta, de los cuales se tiene que no se probó por parte de la defensa que los procesados sean la única fuente de sustento de sus respectivos núcleos familiares, así como tampoco se pudo probar la deficiencia sustancial de asistencia por parte de otros miembros de las respectivas familias.

Acorde con lo anterior, para la Sala, al igual que lo resuelto y decidido por el Juzgado *A quo*, no es factible que los acusados puedan hacerse merecedores del sustituto deprecado, por cuanto no se cumplen con los requisitos necesarios para la procedencia de la prisión domiciliaria por detentar los procesados la supuesta condición de padres cabeza de familia.

Para arribar a dicha conclusión se debe establecer lo siguiente:

* Pese a que no existe evidencia alguna que permita inferir que los acusados son quienes soportan económicamente a sus respectivas familias, pues tal y como lo expuso el delegado de la F.G.N., no se cuenta con información que lleve al convencimiento de que los señores ORM y WSAB ejercen algún tipo de actividad comercial mediante la cual devenguen sus sustento y/o que cuenten con un permiso expedido por la autoridad judicial competente para laborar, se partirá de la base que son los encartados quienes están al cuidado y protección de sus consanguíneos y que legalmente tiene responsabilidades afectivas y financieras frente a estos.

Pese a lo anterior, debe reiterarse que conforme ha sido expuesto en precedencia, la normativa que pretende aplicarse consagra dicho derecho para aquel que ostenta la condición de ser la única persona en el mundo que pueda encargarse de la protección, manutención y cuidado de quien padezca una incapacidad o una discapacidad o que sea un consanguíneo que detente la condición de vulnerabilidad; lo cual no resultó probado en este caso, pues no se allegó prueba alguna que de manera inequívoca permita inferir que el aquí encartado sea la única persona en el mundo que pueda asumir la guarda, el cuidado y la manutención de esa ciudadana en condición de vulnerabilidad o que definitivamente no existan otros integrantes de la familia que se encuentren en condiciones de velar por los derechos de los mismos, por el contrario, lo único con lo que se cuenta es con una declaración extra juicio rendido por el acusado mismo, a través del cual pone en conocimiento la situación de su progenitora, sin que se tenga la manera de dar fe absoluta de que las manifestaciones hechas por ORM y su progenitora, LYMVROMER, el día 16 de agosto de 2.022, ante la Notaría Única de Villanueva, Casanare, tengan calidad de realidad absoluta, máxime si se tiene en cuenta que no se profundizó en la ausencia de otros parientes cercanos que pudiesen contribuir con su subsistencia, y con el mismo se pretende acreditar una dinámica familiar entre madre e hijo, pero que no es contundente para establecer si efectivamente existen o no otras personas que puedan hacerse cargo de la progenitora ante la ausencia del procesado.

* La misma situación acontece en el caso del señor WSAB, respecto a quien este Cuerpo Colegiado dirá que efectivamente es padre de los menores J.D.A.D. y A.F.A.G., tal y como se desprende de los registros civiles de nacimiento aportados, así como tampoco existe ánimo dubitativo con respecto a los aportes económicos en favor de los mismos. Sin embargo, como se ha precisado en anteriores apartados, el beneficio de sustitución de la pena de prisión intramural por prisión domiciliaria solo es extensible a aquellos que presenten la condición de ser la única persona en el mundo en capacidad de proveer protección, manutención y cuidado de quien padezca una incapacidad o una discapacidad o que sea un consanguíneo que detente la condición de vulnerabilidad; en el presente caso en concreto no se probó que el procesado ostente esta calidad, toda vez que mediante los acervos probatorios allegados no se logró evidenciar que el enjuiciado sea la única fuente económica, afectiva y de custodia de los menores o la inexistencia de otro miembro de la familia de cada hijo menor que estuviese en capacidad de soportar el cuidado requerido por estos, los únicos EMP con los que se cuentan son los registros civiles de nacimiento de los menores y un acta de conciliación mediante la cual se definió la custodia de alimentos y régimen de visitas para el menor J.D.A.D., elementos que de ninguna forma permiten dar fe absoluta de la condición de padre cabeza de familia del procesado frente a sus hijos menores ni la inexistencia de otros miembros de la red familiar de los menores de edad, como es el caso de sus progenitoras y familia extensa.

Frente al acta suscrita el 18 de junio de 2.021, ante la Alcandía de Villanueva, en la que quedó plasmado el acuerdo conciliatorio celebrado entre el señor WSAB y la señora ELIANA JAZMÍN DURANGO ÁLVAREZ, en lo concerniente a la custodia, cuidado personal, cuota alimentaria y régimen de visitas del menor, la Sala evidencia que dicha **diligencia que fue celebrada incluso son posterioridad al acaecimiento de los hechos materia de investigación**, y de dicho documento se desprende que el niño en alusión cuenta con el respaldo de su progenitora la señora DURANGO ÁLVAREZ, respecto a quien no se allegó evidencia alguna que permitiera señalar que esta tiene algún tipo de incapacidad física, mental o judicial para hacerse cargo de su hijo, por lo que legalmente es la llamada a brindarle la protección, la manutención y el cuidado que el mismo demanda, máxime cuando en el acta en alusión se dejaron plasmadas sus obligaciones como madre y alimentante de dicho infante, y no se le impusieron restricciones en el régimen de visitas.

* Finalmente, no se puede desconocer que de conformidad con las circunstancias de tiempo, modo y lugar en la que acaecieron los sucesos objeto de investigación y al material probatorio allegado, fueron los mismos coprocesados quienes decidieron ejecutar una conducta ajena a la legalidad, al transportar una sustancia ilícita en cantidad de 359 kilogramos de cannabis, con la que no solamente transgredieron el ordenamiento jurídico, sino que quebrantaron su núcleo familiar, sin importarles la suerte que correrían sus familias en el caso de ser descubiertos por parte de las autoridades, tal y como ocurrió, con lo que empañó su desempeño personal, laboral, familiar y social, tanto es así que la Sala válidamente puede inferir que de concederle el sustituto deprecado se estaría poniendo en riesgo a aquellas personas frente a quien se predican que son padres cabeza de familia, no solo frente al flagelo del narcotráfico sino también a las consecuencias jurídicas y legales que conlleva la realización de los actos ilícitos que se le atribuyen.

Por lo considerado, la Sala estima que en el caso objeto de estudio resultó acertado lo decidido por el Juzgado de primer grado, puesto que no se satisfacen los requisitos para acceder a la sustitución de la pena prisión intramural por prisión domiciliaria en favor de los procesados ORM y WSAB, por detentar las supuestas condiciones de padres cabeza de familia.

Como cuestión final, la Sala, contrario a lo aducido por el Juzgado de primer nivel como uno de los argumentos que esgrimió para no acceder a la petición subrogatoria deprecada por la Defensa, quiere dejar en claro que la competencia para decidir sobre la subrogación de la pena de prisión por prisión domiciliaria, por regla general, radica es en el Juzgado de Conocimiento y no en el de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, por la sencilla razón consistente en que, según las voces del artículo 38 del C.P. la prisión domiciliaria es una pena substitutiva de la prisión intramural, y por ende ese es un asunto que le concierne al Juzgado de conocimiento, por ser el único habilitado para pronunciarse en la sentencia sobre las penas a imponer al declarado penalmente responsable, entre las cuales, obviamente que se encuentra la prisión domiciliaria en cualquiera de sus modalidades, por tratarse, como ya se dijo, de una pena.

Sobre lo anterior, esta Sala de Decisión, en un pasado reciente, expuso lo siguiente:

«Frente a ello, aunque el recurrente no encontró reparo alguno, para lo cual hizo alusión a la postura de la Sala de Casación Penal y de esta Corporación al respecto, importa aclarar desde ya que si bien en un principio se acogió esa línea jurisprudencial, en el sentido que los jueces de instancia no deben pronunciarse acerca de 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, tal posición fue variada por el mismo órgano de cierre en materia penal en sentencia CSJ SP, 06 dic. 2017, Rad. 50364, para pasar a sostener que: “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”, y a partir de allí se consideró como un yerro el dejar de aplicar el numeral 5º del art. 314 C.P.P., en concordancia con el 1º de la Ley 750/02, e “ignorar la competencia que para efectos de ocuparse sobre la prisión domiciliaria tiene el juez de conocimiento al momento de proferir sentencia”…»[[4]](#footnote-4).

Pese a lo antes expuesto, la Sala no puede desconocer, como al parecer lo malentendió el Juzgado *A quo*, que los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad tienen una especie de competencia residual sobre estos tópicos relacionados con la subrogación de la pena de prisión intramural por prisión domiciliaria, la cual solamente se activaría, entre otras hipótesis, *«cuando el asunto no haya sido objeto de decisión en las sentencias…»*[[5]](#footnote-5)*.*

Lo antes expuesto, le hace a la Sala colegir que mal hizo el Juzgado de primer nivel al hacerle al esguince a la petición subrogatoria deprecada por la Defensa con base en argumentos que se pueden catalogar como de errados y equívocos, pues se reitera que los Juzgados Penales de Conocimiento, por regla general, son los llamados a pronunciarse sobre la imposición de la pena de prisión domiciliaria al declarado penalmente responsable, y que solamente los Juzgados que cumplen funciones de ejecución de penas y medidas de seguridad lo pueden hacer en aquellos eventos en los que el Juzgado Cognoscente haya guardado silencio al pronunciarse sobre la concesión o no de la aludida pena substitutiva.

En suma, al no hallarle la razón a los reproches que el recurrente ha formulado en contra de la sentencia confutada, la Sala confirmará el fallo opugnado en todo aquello que fue objeto de la inconformidad expresada por el recurrente.

Por lo expuesto en precedencia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por mandato de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado 3° Penal del Circuito de Pereira, en las calendas del 29 de agosto de 2.022, dentro del devenir del proceso que se le siguió en contra de ORM y WSAB por incurrir en la comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

**SEGUNDO: ORDENAR** que por Secretaría se proceda a notificar a las partes y demás intervinientes del contenido de esta providencia mediante la remisión de copias de la misma vía correo electrónico, tal y cual como lo regula el artículo 8º de la ley # 2.213 de 2.022 que avala ese tipo de notificaciones.

**TERCERO: DECLARAR** que en contra de la presente sentencia de 2ª Instancia procede el recurso de casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado dentro de las oportunidades de ley.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JULIÁN RIVERA LOAIZA**

Magistrado

1. Artículos 35 y 36 C.P. [↑](#footnote-ref-1)
2. Es de resaltar que esta es la única modalidad de la prisión domiciliaria que además de un análisis objetivo requiere de uno de tipo subjetivo para su procedencia, en atención a que las apreciaciones subjetivas para la concesión de la susodicha pena sustitutiva fueron abrogadas a partir de la entrada en vigencia de la Ley # 1.709 de 2.014. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 10 de junio de 2020. SP1251-2020. Rad. # 55.614. M.P. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR. [↑](#footnote-ref-3)
4. Tribunal Superior de Pereira. Sala de Decisión Penal: Sentencia de 2ª instancia del 31 de octubre de 2.019. Rad. # 660016000035201502814-01. M.P. JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE. [↑](#footnote-ref-4)
5. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia de Casación del 16 de marzo del 2.006. Rad. # 24530. [↑](#footnote-ref-5)