**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Aprobado mediante acta # 632 del 14 de julio de 2016 H:

Pereira, viernes quince (15) Julio de dos mil dieciséis (2016).

Hora: 10:49

Procesada: Yuliana Montenegro Arenas

Delitos: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

Rad. # 661706000066201501695-01

Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de sentencia condenatoria

Decisión: Confirma fallo confutado

**VISTOS:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a desatar el recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado oportunamente por la Defensa de la Procesada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 2º Penal del Circuito de Dosquebradas, el día nueve (9) de junio hogaño, en virtud de la cual fue declarada la responsabilidad penal de la procesada YULIANA MONTENEGRO ARENAS, por incurrir en la comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

**ANTECEDENTES:**

Los hechos que dieron génesis a la presente actuación, se contraen de una diligencia de allanamiento y registro llevada a cabo por efectivos de la policía judicial el día 9 de octubre de 2015 en un inmueble ubicado en la Manzana 3 casa 9-37 del barrio Oricana del Municipio de Dosquebradas, en tal operativo fue capturada una persona de sexo femenino quien se identificó como YULIANA MONTENEGRO ARENAS y voluntariamente manifestó poseer sustancias estupefacientes en su habitación. Allí se encontró dos bolsas plásticas transparentes, una con treinta (30) papeletas y la otra con veintinueve (29) con sustancia pulvurulenta de color habano

Al ser los hallazgos sometidos a la prueba de *“P.I.P.H”*, la misma arrojó resultado positivo para cocaína y sus derivados con un peso neto de 18.9 gramos.

**LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. Capturada la señora Yuliana Montenegro Arenas, las audiencias preliminares se llevaron a cabo ante el Juzgado 6º Penal Municipal con funciones de control de garantías de esta localidad, el 10 de octubre de 2015, en las cuales: a) Se sometió a control posterior la diligencia de allanamiento y registro así como los bienes incautados; b) Se le impartió legalidad a las captura de la entonces indiciada Yuliana Montenegro Arenas; b) A la capturada le fue enrostrado cargos por incurrir en la presunta comisión de los delitos de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en la modalidad de conservar. Dichos cargos no fueron aceptados por la imputada; d) La situación jurídica de los Procesados fue definida sin medida de aseguramiento de detención preventiva.
2. El conocimiento de la actuación le correspondió al Juzgado 2º Penal del Circuito de Dosquebradas, el cual, realiza la audiencia de acusación el día 24 de febrero de 2016 y el día 28 de marzo de la misma anualidad, en desarrollo de la audiencia preparatoria, la defensa manifiestó que la encausada ha llegado a un preacuerdo con la Fiscalía, acto que es corroborado por el ente fiscal quien a través de su representante manifestó que el preacuerdo consiste en que la señora Yuliana Montenegro Arenas acepta los cargos por la conducta de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes bajo la modalidad de conservar y en calidad de cómplice, bajo una dosificación de la sanción penal que parta del mínimo de la misma.
3. Para el día nueve (9) de junio de 2016 el Juzgado de conocimiento procedió a llevar a cabo la audiencia de lectura de sentencia, en contra de la cual la Defensa interpuso y sustento de manera oportuna un recurso de apelación.

**EL FALLO CONFUTADO:**

Se trata de la sentencia adiada el nueve (9) de junio hogaño, proferida por el Juzgado 2º Penal del Circuito de Dosquebradas, en virtud de la cual, bajo la figura del preacuerdo fue declarada la responsabilidad penal de Yuliana Montenegro Arenas, por incurrir en la comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en la modalidad de conservar en el grado de cómplice.

Como consecuencia de dicha declaratoria de responsabilidad criminal, la Procesada fue condenada a purgar una pena de prisión de 32 meses y a pagar una multa de un salario mínimo legal mensual vigente. De igual forma, por no cumplirse con los requisitos legales, en dicho fallo se les negó a la acriminada la concesión de subrogados y sustitutos penales.

Los argumentos aludidos por el Juez A quo para pregonar la responsabilidad criminal de los encausados, se basaron en aseverar que dicho compromiso penal se desprendía del contenido de las pruebas que acreditaban la captura en flagrancia de la procesados durante el desarrollo de una diligencia de allanamiento y registro, cuando en su poder se le encontró varias papeletas de unas sustancias estupefacientes, que resultaron ser cocaína, aunado a la decisión unilateral asumida por la Procesada de suscribir un preacuerdo con el ente acusador.

Respecto de los sustitutos y subrogados, el juez niega los mismos con fundamento en que el artículo 63 del código regula la suspensión condicional de la ejecución de la pena y uno de sus requisitos es que el delito por el cual se sanciona no este contenido en el inciso 2 del artículo 68A de la Ley 599 de 2000 y verificó que dicha artículo estipula el delito de narcotráfico, hecho que lo motivó a no realizar más argumentaciones al respecto. En lo referente a la Prisión domiciliaria como madre cabeza de familia determinó el *A quo* que acorde con el material probatorio aportado – visita domiciliaria del día 28 de abril de 2016- la sancionada penal no ostentaba la calidad de protectora de sus menores hijos de manera única, exclusiva y excluyente, ya que se evidenció que la señora Montenegro Arenas vive con su progenitora y dos hermanos más, lo cual lo condujo a concluir, que de presentarse la reclusión de la hallada responsable penalmente, los menores no quedarían en situación de abandono exposición o riesgo inminente ante la ayuda de los demás miembros de la familia.

**LA ALZADA:**

La discrepancia plasmada por la Defensa en la alzada, radica en expresar su inconformidad con la decisión tomada por el A quo de no reconocerle a la Procesada la pena sustituta de la prisión domiciliaria, por detentar la encausada la condición de madre cabeza de familia.

Para demostrar la tesis de su inconformidad, retoma el contenido del artículo primero de la Ley 1232 de 2008 en la cual se establece que es la mujer cabeza de familia. Igualmente aduce el recurrente que en el presente asunto estaba plenamente demostrada la condición de madre cabeza de familia que de 2 niños menores de edad detenta su representada, como bien se desprende del contenido de un informe socio-familiar, en el que se determina cual es la composición familiar de la encausada y agrega que son la señora madre de YULIANA MONTENEGRO y el señor BRYAN MONTENEGRO ARENAS – hermano de la encartada- quienes trabajan para la obtención de los recursos necesarios para suplir las necesidades básicas del hogar, siendo la labor de la aquí sancionada la de cuidar los niños menores – los propios y sus hermanos-. Estos argumentos le sirvieron de sustento para solicitar se revoque de manera parcial la sentencia proferida por el A *quo* y en su lugar conceder la sustitución de la penal intramural por la domiciliaria.

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**- Competencia:**

Como quiera que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de una Sentencia proferida por un Juzgado Penal que hace parte de uno de los Circuitos que integran este Distrito Judicial, esta Sala de Decisión Penal, según las voces del # 1º del artículo 34 C.P.P. sería la competente para resolver la presente Alzada.

De igual forma no se avizora la existencia de irregularidades que ameriten por parte de la Sala la invalidez de la actuación procesal.

**- Problema Jurídico:**

Acorde con los argumentos del disenso propuestos por parte del recurrente en la sustentación de la alzada, considera la Sala que de los mismos se desprende el siguiente problema jurídico:

¿Se cumplían con todos los presupuestos necesarios para sustituir la ejecución de la pena de prisión impuesta a la Procesada Yuliana Montenegro Arenas por prisión domiciliaria, por detentar la susodicha la condición de madre cabeza de familia?

**- Solución:**

Teniendo en cuenta que los reproches que el recurrente ha formulado en contra del fallo confutado, están relacionados con expresar su inconformidad con el no reconocimiento en favor de la Procesada de la pena sustitutiva de la prisión domiciliaria, considera la Sala pertinente hacer un somero y breve estudio sobre las características de ese subrogado punitivo, para luego determinar si en efecto el Juez A quo estuvo o no atinado en la decisión impugnada.

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 si 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 # 1709 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 # 1709 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.

Sobre esta temática relacionada con la sujeción de la pena de prisión domiciliaria a los principios consagrados en los artículos 3º y 4º del Código Penal, de vieja data la Corte se ha pronunciado de la siguiente manera:

“En efecto, al asegurar el a-quo que no se cumplen los presupuestos de ley de la prisión domiciliaria, siendo necesario que se purgue la sanción por lo reprochable de la conducta, con el fin de enviar a la comunidad un mensaje de que comportamientos de esa naturaleza se reprimen con severidad, atendidas las condiciones personales tanto de la víctima como del victimario, implícitamente hizo referencia al cumplimiento de la pena atendiendo los fines de prevención general y prevención especial, motivación que igualmente ha sido empleada por esta Sala para negar la aludida gracia

Así, en sentencia de casación de 21 de julio de 2004, la Corte sostuvo que no empece encontrar satisfecho el primer requisito del artículo 38 de la Ley 599 de 2000, referido a la pena prevista para el delito, la gravedad y nocividad social de la conducta no podían minimizarse, ni desconocerse las condiciones personales del sujeto activo del delito, en la medida que tales circunstancias, en consideración de los principios de prevención general y de prevención especial, imponen obrar con la mayor rigurosidad posible y se oponen al otorgamiento de la prisión domiciliaria, al ser determinantes de ausencia de certeza en cuanto a que el procesado no eludirá el cumplimiento de la pena o que con el subrogado no se colocará en riesgo a la comunidad…..”[[3]](#footnote-3).

Dicho criterio fue reiterado por esa alta corporación cuando hizo un parangón sobre las diferencias habidas entre la prisión domiciliaria y la detención domiciliaria, con base en los siguientes argumentos:

“Es cierto que en la sistemática de la Ley 906 de 2004, la detención domiciliaria no exige límite punitivo, como está consagrado en el artículo 314, norma que en verdad tiene efectos sustanciales favorables en la regulación de este específico instituto, como lo reconoció la Sala en proveído del 4 de mayo de 2005, Rdo. 23.567.

Este trato benévolo se entiende porque en la filosofía del sistema oral acusatorio el querer del legislador fue restringir el cumplimiento de la detención bajo el régimen carcelario, para privilegiar, de manera general, un régimen que no esté sujeto a la severidad de la reclusión intramural, la que tendrá lugar únicamente cuando se considere necesario para los fines estrictamente señalados en el artículo 308 de la Ley 906 de 2004.

Pero, esa regla general que rige en el trámite procesal no puede extenderse a los casos donde el Estado después de destronar la presunción de inocencia, condena al cumplimiento de una pena privativa de la libertad, porque en tales eventos la aplicación de la medida debe responder a otros fines distintos a los señalados en el referido precepto instrumental, que no son otros que los fines específicos de la pena establecidos en el artículo 4º del Código Penal -Ley 599 de 2000.

La observancia de esos fines en la aplicación de la pena, necesariamente deben armonizarse con las exigencias legales establecidas en el artículo 38 de la Ley 599 de 2000 para la prisión domiciliaria, como sustitutiva de la prisión, además de su requisito objetivo.

Es decir, en la sistemática del nuevo Código Procesal Penal, la detención domiciliaria responde a unos fines específicos, aquellos señalados en el citado artículo 314, distintos a los fines de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado, que se activan en el momento de la imposición de la pena de prisión, por lo que no puede entenderse reformado el artículo 38 del Código Penal por el citado artículo 314 de la Ley 906 de 2004………”[[4]](#footnote-4).

Tomando lo antes enunciado como marco conceptual, considera la Sala, tal como de manera atinada lo adujo el A quo en el fallo confutado, que en el presente asunto si bien se cumplía con el presupuesto objetivo del quantum de la pena impuesta para que la Procesada Yuliana Montenegro Arenas pudiera hacerse acreedora de la modalidad sustitutiva de la pena de prisión domiciliaria regulada por el artículo 38 C.P. (subrogado por el artículo 22 de la Ley # 1709 de 2.014), el reato de tráfico de estupefacientes, se encuentra dentro del listado de punibles consignado en el inciso 2º del artículo 68A C.P. (modificado por el artículo 32 de la Ley 1709 de 2.014), para los cuales se encuentra prohibida el reconocimiento del subrogado de marras.

Ahora, en lo que tiene que ver con los argumentos esgrimidos por el recurrente respecto a que se debe tener en cuenta la condición de madre cabeza de familia y el interés superior del menor, la Sala es del criterio que tales argumentos no pueden ser de recibo porque a pesar de que por obra y gracia del artículo 44 de la Carta es un hecho cierto la prelación de los derechos de los niños, tal prioridad no es absoluta puesto que la misma no se puede constituir en fuente de abusos ni de excesos que impliquen el avasallamiento o la inaplicación del derecho positivo, en especial de normas que no han sido declaradas inconstitucionales que se encuentran amparadas bajo la egida del “Principio de Conservación del Derecho”[[5]](#footnote-5).

Es más, en estos casos en los que se encuentran en pugna dos derechos, no es posible, de manera folclórica y alegre desechar uno de ellos en favor del otro, pues para estos eventos la hermenéutica jurídica diseñó el principio de proporcionalidad, en virtud del cual, como lo argumentaremos más adelante, el quid del asunto es ponderar a fin de establecer si a pesar de la privación de la libertad del padre o madre cabeza de familia que tenga a su cargo unos hijos menores de edad, dichos menores quedaran o no desprotegidos o desamparados al no existir personas que, obligadas por los postulados del principio de solidaridad, deban asumir su correspondiente manutención y cuidado.

Frente a lo anterior, o sea sobre la aplicación de los postulados del principio de proporcionalidad en aquellos eventos en los cuales eventualmente se vea afectado el *intereses superior del menor*, la Corte se ha expresado de la siguiente manera:

“Ahora bien, es cierto que el principio contemplado en el inciso final del artículo 44 de la Carta Política señala que los derechos de los niños (entre los cuales se encuentra el de “tener una familia y no ser separados de ella”[(36)](#bf11d001f65cbbd41f6b390c47164c4f828nf9)) “prevalecen sobre los derechos de los demás”.

Sin embargo, lo anterior (que en la teoría constitucional obedece a un mayor ‘peso abstracto’ reconocido por la norma suprema) no elimina ni hace inocuo el juicio de ponderación, pues a pesar de que la supremacía o prevalencia del principio debe ser respetada por el intérprete de la norma, ello no excluye que en más de una ocasión impere el que en apariencia ostenta el menor raigambre.

Tal fue uno de los argumentos de la Corte Constitucional cuando declaró exequible algunas expresiones del artículo 1º de la Ley 750 de 2002:

“(...) los derechos de las niñas y los niños, pese a su especial protección, dentro de un estado social y democrático de derecho como el colombiano tienen límites como cualquier otra garantía constitucional. Concretamente, la jurisprudencia constitucional ha indicado que uno de esos límites se encuentra cuando la madre solicita que se le conceda el derecho de detención domiciliaria, y a pesar de que eso sea lo mejor para sus hijos, se le niega por representar ello un peligro o una amenaza grave para la paz y tranquilidad de la sociedad (...).

”De esta manera, la jurisprudencia constitucional considera, por una parte, que es legítimo para el legislador introducir derechos en materia penal a mujeres que se encuentran privadas de la libertad, como por ejemplo la prisión domiciliaria; pero por otra, considera que no concederla a una mujer cabeza de familia, cuando esta pone en riesgo la seguridad de la comunidad y puede representar una amenaza para los derechos de los asociados, es legítimo, porque es constitucional restringir esa posibilidad en tales condiciones……….”[[6]](#footnote-6)[(37)](#bf18d208f7e7d754eaeb301c6731a45a979nf9).

Siendo así las cosas, concluye de manera preliminar la Sala, en lo que corresponde con el régimen ordinario de la pena de prisión domiciliaria, que la Procesada no podía hacerse merecedora a dicha pena sustituta en atención a que, como bien lo hemos demostrado en párrafos anteriores, no se cumplirían con los requisitos exigidos por la ley para su procedencia.

Ahora en lo que tiene que ver con la modalidad de la pena de prisión domiciliaria por detentar la encausada la condición de madre cabeza de familia, es de anotar que la razón de ser de dicha pena sustitutiva no es la de favorecer al procesado o condenado sino procurar la protección del menor de edad y de esa forma precaver que no quede desamparado o expósito como consecuencia de la privación de la libertad de la persona llamada a brindarle protección, custodia o cuidado.

Al respecto, la Corte Constitucional ha sido de la siguiente opinión:

“La finalidad de la norma es garantizar la es garantizar (sic) la protección de los derechos de los menores, el juez de control de garantías deberá poner especial énfasis en las condiciones particulares del niño a efectos de verificar que la concesión de la detención domiciliaria realmente y en cada caso preserve el interés superior del menor, evitando con ello que se convierta, como lo dijo la Corte en la Sentencia C-184 de 2003, en una estratagema del procesado para manipular el beneficio y cumplir la detención preventiva en su domicilio….”[[7]](#footnote-7).

Lo antes expuesto nos quiere decir que le asiste la obligación al interesado de hacerse acreedor de la pena sustitutiva de demostrar que tiene unos menores de edad o personas discapacitadas bajo su manutención, custodia y cuidado, **y que no existe otra u otras personas que puedan reemplazarlo o relevarlo en dicho rol en caso que sea privado de la libertad**, lo cual a su vez conllevaría a que lo menores de edad queden expósitos o en la inopia.

A lo anterior, se hace necesario aunar lo dicho al introito del presente acápite, en donde manifestamos que la modalidad de la prisión domiciliaria por detentar el procesado las condiciones de padre o madre cabeza de familia debe ser respetuosa y encontrarse en congruencia con los fines y funciones de la pena, en especial con los fines de prevención general y prevención especial, porque reiteramos en esencia se trata de una pena que funge como sustitutiva de la pena de prisión.

Para ratificar la anterior afirmación, solo basta con acudir a lo que sobre ese tópico ha dicho la Corte de la siguiente manera:

“Por lo tanto, la privación de la libertad en el lugar de residencia del procesado en razón de su condición de padre o madre cabeza de familia no puede en principio suscitar situaciones intolerables de impunidad, es decir, aquellas en las cuales el derecho reconocido del menor afecta de manera grave o desproporcionada la realización efectiva de los fines del proceso o del cumplimiento de las funciones propias de la pena, todo ello dentro del ámbito de los objetivos que el derecho penal imponga por mandato constitucional en el caso concreto……”[[8]](#footnote-8).

Así las cosas, colige la Sala que son dos los fines que deben ser tenidos en cuenta por el Juzgador al momento de mutar una pena de prisión por prisión domiciliaria por detentar el enjuiciado la condición de padre o madre cabeza de familia: a) La protección de los derechos de los menores de edad o de personas discapacitadas; b) El respeto de los fines y funciones de las penas.

Al aplicar lo antes expuesto en el caso subexamine, observa la Sala que si bien es cierto que en el informe social rendido el 29 de abril de 2016 por la comisaria de familia de Dosquebradas, se dice que la procesada Yuliana Montenegro Arenas ayuda a su progenitora en el cuidado de dos hermanos menores, su abuelo y a sus dos hijos, mientras aquella y un hermano suyo consiguen los recursos para el sostenimiento.

Tal situación, nos estaría indicando que a pesar de la ausencia de la Sra. Yuliana Montenegro, sus hijos menores no se encuentran desprotegidos ni desamparados, en atención a que existen personas dentro del núcleo familiar que puedan hacerse cargo de los mismos, mientras la declarada responsable purga la deuda que tiene con la justicia[[9]](#footnote-9).

Ahora bien, en caso que la progenitora y el hermano de la señora YULIANA MONTENEGRO no puedan o no quieran seguir cumpliendo con los deberes de solidaridad que les asiste para con los menores del núcleo familiar, tal falencia de manera subsidiaria bien podría ser asumida y suplida por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar por intermedio de la Defensoría de Familia, a quien le asistiría el deber legal de velar por la protección de aquellos menores que se encuentren en estado de abandono o desamparo. Razón por la cual, la Sala oficiaría al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para que por intermedio de la Defensoría de Familia lleven a cabo las visitas domiciliarias del caso, a fin de determinar si los 2 hijos menores de edad de la Procesada, se encuentran en unas condiciones precarias que ameriten que quedan bajo la protección de dicha Entidad.

Otra de las razones de peso que inciden para negar la concesión de la pena sustituta, la encontramos en la modalidad en la cual fue perpetrada la conducta punible por la que se pregonó la responsabilidad criminal de la Procesada, la cual al ser confrontada con las funciones de la pena, nos lleva a concluir que la procesada no puede hacerse acreedora a la pena sustitutiva a pesar de detentar la eventual condición de madre cabeza de familia, porque se le estaría enviando un difuso e incorrecto mensaje a la comunidad y a la sociedad en general, que generaría una sensación de malestar e impunidad, en el sentido que las personas que cometen delitos graves que han generado una gran alarma y daño social, como lo es la utilización de un inmueble para el acopio y el expendio de narcóticos, por el que hacen presencia de todo tipo de personas y colocan en riesgo los infantes que allí moran, resultan “*premiadas”* con la prisión domiciliaria al acudir a la estratagema de escudarse en sus hijos menores de edad, de quienes no se acordaban cuando perpetraban tan reprochables conductas, para así para hacerle el quite a la prisión intramural y de esa forma poder salirse con las suyas.

Además, si también confrontamos la ya aludida finalidad perseguida por la prisión domiciliaria en la variante de padre o madre cabeza de familia con la conducta punible por la cual se declaró la responsabilidad criminal de la Procesada: Trafico de estupefacientes en la modalidad de conservación en nuestra opinión, tal operación comparativa también le estaría dando la razón al *A quo*, porque si nos atenemos a la naturaleza del delito y las circunstancias en las cuales se cometió: la utilizacion de un inmueble como centro de acopio para muy probablemente llevar al expendio de sustancias estupefacientes, sería válido colegir que tal evento criminal se tornaría en incompatible con el propósito perseguido con la pena de prisión domiciliaria, porque en vez de proteger o amparar los intereses de los menores de edad, por el contrario se les estaría exponiendo ante una eventual fuente de riesgo o de peligro que amenazaría su integridad física o moral.

En tal sentido, la Corte ha sido del siguiente criterio:

“En síntesis, no puede pensarse que la posibilidad de conceder el beneficio de la prisión domiciliaria, está supeditada únicamente a establecer, la condición de padre o madre cabeza de familia; conforme a las pautas jurisprudenciales también es menester verificar que el delito objeto de condena no es incompatible con el interés superior del menor, de tal manera que no se avizore peligro para su integridad física o moral……”[[10]](#footnote-10).

Con base en los anteriores argumentos, somos del criterio que el *A quo* igualmente estuvo acertado cuando en el fallo confutado decidió no sustituir la ejecución de la pena de prisión por prisión domiciliaria por detentar la Procesada Yuliana Montenegro Arenas la supuesta condición de padres o madres cabeza de familia.

Siendo así las cosas, la Sala concluye que no le asiste la razón a los reproches que el apelante ha efectuado en contra del fallo confutado y que por el contrario el Juez A quo estuvo acertado cuando decidió no sustituir por prisión domiciliaria la ejecución de la pena de prisión impuesta a la Procesada Yuliana Montenegro Arenas.

Ante tal situación, a esta Colegiatura no le queda otra opción diferente que la de confirmar la sentencia opugnada.

En mérito de todo lo antes expuesto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** Confirmar la sentencia adiada el nueve (9) de junio hogaño, proferida por el Juzgado 2º Penal del Circuito de Dosquebradas, en virtud de la cual fue declarada la responsabilidad penal de la señora Yuliana Montenegro Arenas, por incurrir en la comisión del ilícito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y se le negaron los sustitutos y subrogados penales.

**SEGUNDO:** Oficiar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para que por intermedio de la Defensoría de Familia lleven a cabo las visitas domiciliarias del caso, a fin de determinar si los 2 hijos menores de edad de la Procesada, se encuentran en condiciones que ameriten que los susodichos puedan quedar bajo la protección de dicha Entidad.

**TERCERO:** Declarar que contra de la presente sentencia de 2ª instancia procede el recurso de Casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentando dentro de las oportunidades de Ley.

 **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**Magistrado**

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

**Magistrado**

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SÁNZ**

**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 # 1709 de 2.014. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del diez (10) de febrero de 2010. Proceso # 29755. M.P. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA. [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Auto del treinta y uno (31) de marzo 2008. Rad. # 29082. M.P. AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN. [↑](#footnote-ref-4)
5. Sobre la procedencia y características de este principio, bien vale la pena analizar el contenido de la Sentencia # C-499 de septiembre quince (15) de 1998, proferida por la Corte Constitucional. [↑](#footnote-ref-5)
6. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia de junio 22 de 2011. Rad. # 35943. M.P. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA.p [↑](#footnote-ref-6)
7. Corte Constitucional: Sentencia C-154 del siete (7) de marzo de 2007. M. P. MARCO GERARDO MONROY CABRA. [↑](#footnote-ref-7)
8. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del veintidós (22) de junio de dos mil once (2011). M.P. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA. Proceso # 35943. (En igual sentido también se puede consultar la Sentencia de Casación del diez (10) de febrero de dos mil diez (2010). Proceso # 29755. M.P. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA}. [↑](#footnote-ref-8)
9. La Sala no puede pasar por alto que los menores tienen un padre, el sujeto conocido como (A) “**CHIQUI”,** del cual se dice que también participaba en las delincuencias perpetradas por la Procesada, quien también tienen el deber de responder por la custodia, el cuidado y la manutención de sus hijos menores. [↑](#footnote-ref-9)
10. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del veintitrés (23) de marzo de 2011. Proceso # 34784. M.P. AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN. [↑](#footnote-ref-10)