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

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

Providencia: Sentencia – 2ª instancia – 10 de agosto de 2017

Proceso:                 Penal – Confirma sentencia condenatoria

Radicación Nro. : 66001 60 00 000 2013 00023 01

Procesado: LADY JOHANA NOGUERA HENAO Y OTRO

Magistrado Ponente:  JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

**Temas: CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO Y OTROS.** [P]or los factores de individualización de la sanción que contempla el artículo 61 del C.P, sino por la aplicación de las reglas de pena en concurso de delitos que prevé el artículo 31 *ibídem.,* que no establece una punibilidad autónoma, ya que esta queda sometida a que: i) se fije la pena concreta para cada conducta punible para establecer cuál es la sanción de mayor gravedad; y ii) que el incremento por concurso no supere la suma aritmética de las penas concretas a imponer por los delitos concursantes como se dijo en CSJ SP del 11 de agosto de 2004, radicado 20849. En consecuencia no resulta cierto el argumento del recurrente en el sentido de que el *A quo* hubiera realizado una mayor desvaloración de la conducta del procesado Molina frente a la conducta de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y en ausencia de ese tipo de razonamientos, por sustracción de materia no es posible hacer comparaciones entre la conducta de esta persona y la de la señora Lady Johana Noguera a quien también se le fijaron 24 meses de prisión, como incremento por ese delito concursante, a efectos de analizar una reducción de la sanción fijada como consecuencia de haber aceptado cargos por la violación de la norma de prohibición contenida en el artículo 376 del C.P., lo que incluso implicaría revivir fases procesales ya superadas, en razón de la aceptación de cargos que hizo la procesada Noguera por el delito en mención.

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA – RISARALDA

SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Proyecto aprobado mediante acta Nro. 793 del diez (10) de agosto de dos mil diecisiete (2017)

Pereira, once (11) de agosto de dos mil diecisiete (2017)

Hora: 9:20 .a.m.

|  |  |
| --- | --- |
| Radicación | 66001 60 00 000 2013 00023 01 |
| Procesados | Jorge Fernando Molina Bermúdez Lady Johana Noguera Henao |
| Delito | Concierto para delinquir agravado y otros |
| Juzgado de conocimiento  | Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Pereira  |
| Asunto  | Resolver la apelación interpuesta en contra de la sentencia de primera instancia de fecha 24 de mayo de 2013 |

1. ASUNTO A DECIDIR

Corresponde a la Sala desatar el recurso de apelación interpuesto por la defensor de los señores Jorge Fernando Molina Bermúdez y Lady Johana Noguera Henao, en contra de la sentencia del 24 de mayo de 2013, emitida por el extinto Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado Adjunto de Pereira, mediante la cual se condenó a los citados, por la comisión de los delitos de concierto para delinquir agravado con fines de homicidio y tráfico de estupefacientes, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios o municiones, y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

2. ANTECEDENTES

2.1 Según el escrito de acusación, el supuesto fáctico es el siguiente:

*Se tuvo conocimiento por fuente humana, que en el vecino municipio de Marsella Risaralda, operaba una organización criminal dedicada al micro tráfico de estupefacientes, liderada por el alias "El Gordo Molina"; que dicha organización la conforman, entre otros, su esposa "Lady Johana", los alias "El mono arracacho", alias "Popeye", alias "Geovanny", alias “Tatuajes”, alias "Bris", alias "Tamayo", alias "Mateo", alias "Fucil", quienes desde tiempo atrás vienen distribuyendo sustancias estupefacientes en el pueblo, en diferentes sitios de expendio, utilizando para ello a menores de edad y ordenando el asesinato de personas que se niegan a colaborar con la organización, o se han convertido en un estorbo para el accionar de la misma.*

*Plenamente identificados los integrantes de esta organización delincuencia, se solicitó al Juez Constitucional se expidiera en su contra ordenes de captura; fue así, como el señor Juez Segundo Penal municipal en función de control de garantías de esta ciudad capital, el pasado 13 de Febrero del año que avanza, emite las ordenes 290010213 y 290010214, en contra de LDAY JOHANNA NOGUERA HENAO (sic) y JORGE FERNANDO MOLINA BERMÚDEZ.” (Folios 103 al 109).*

2.2 El 27 de febrero de 2013 se llevaron a cabo las audiencias preliminares de legalización a la orden de allanamiento y registro y de elementos incautados, de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Pereira (folio 97 a 101). En ese acto los señores Fernando Molina Bermúdez y Lady Johana Noguera Henao, aceptaron los cargos que les formuló el delegado de la FGN.

2.3 El Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado Adjunto de Pereira asumió el conocimiento de la presente causa (folio 113). El día 29 de abril de 2013 se llevó a cabo la audiencia de verificación de allanamiento a cargos e individualización de pena (folio 117). La sentencia fue emitida 24 de mayo de 2013 (folio 153 a 174).

3. IDENTIDAD DE LA ACUSADA

Se trata de Fernando Molina Bermúdez, alias “el gordo Molina”, identificado con cédula de ciudadanía Nro. 9.818.144 de Marsella, nacido el 31 de marzo de 1979 en esa localidad, es hijo de Jorge Eliécer y Alba, de ocupación comerciante.

Lady Johana Noguera Henao, identificada con cédula de ciudadanía Nro. 1.089.744.119 de Marsella, nacida el 30 de marzo de 1986 en ese municipio, es hija de Miguel y Lilia, de ocupación ama de casa.

4. SOBRE LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.

4.1 En atención al principio de limitación de la segunda instancia se trascribe la parte pertinente del fallo de primera instancia que fue objeto del recurso de apelación, que tiene que ver con la fijación de la pena impuesta a la señora lady Johana Noguera Henao, así:

“(...)

2 Para Lady Johanna Noguera Henao.

*Los límites de movilidad para el delito de* concierto para delinquir agravado con fines de tráfico de estupefacientes, *son:*

*Un cuarto mínimo que va de 96 a 126 meses de prisión y multa que va de 2.700 a 9.525 s.m.l.m.v., unos cuartos medios que oscilan entre 126 meses 1 día y 186 meses de prisión y multa de 9.525 a 23.175 s.m.l.m.v., y un cuarto máximo que va de 186 meses 1 día a 216 meses de prisión y multa de 23.175 a 30.000 s.m.l.m.v.*

*En igual sentido, los límites de movilidad para el delito de* tráfico, fabricación o porte de estupefacientes son *los siguientes:*

*Un cuarto mínimo que va de 64 a 75 meses de prisión y multa de 2 a 39 s.m.l.m.v., unos cuartos medios que van de 75 meses 1 día a 97 meses de prisión y multa de 39 a 113 s.m.l.m.v., y un cuarto máximo que va de 97 meses 1 día a 108 meses de prisión y multa de 113al50s.m.l.m.v.*

*Como los cargos se hicieron por un concurso heterogéneo de conductas punibles, la acusada queda sometida a la conducta que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que corresponda a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas, tal como lo dispone el artículo 31 del Código Penal, razón por la cual debemos tener como referente punitivo el contemplado para el delito de* "concierto para delinquir agravado con fines de tráfico de estupefacientes" *puesto que se trata de la conducta que establece la pena más grave.*

*Teniendo en cuenta que a la señora Noguera Henao no le fueron imputadas circunstancias de mayor punibilidad, sin contar tampoco a su favor con alguna de las consideradas como de menor punibilidad, conforme lo establece el artículo 61 del CP. en su inciso* 2-, *el despacho se moverá entonces dentro del cuarto mínimo establecido para la pena más grave tal como se anunció, es decir, de 96 a 126 meses de prisión y multa de 2.700 a 9.525 s.m.l.m.v.*

*De otro lado, en cumplimiento al inciso* 3~ *del citado artículo 61 del CP., podemos decir que la participación de Lady Johanna Noguera dentro de la organización delincuencial resulta claramente mucho más leve para el juzgado, pues se le implica como una de las personas que colaboraba trasportando la sustancia estupefaciente de un municipio a otro, unas veces en compañía de su esposo y otras veces sola, sin haberse establecido de los elementos con vocación probatoria que hubiese intervenido en las amenazas o atentados contra la vida de personas que hicieron parte de la organización o incluso residentes del municipio de Marsella que se negaban a involucrarse en el negocio ilícito liderado por su esposo, por lo que frente a ella, si bien el daño que causó con su ilícito proceder es grave y por supuesto rep*rochable*, no alcanza a ser de la entidad tal como para establecerle una sanción punitiva mayor a la mínima fijada por la ley, razón por la cual partiremos del extremo mínimo de ese primer cuarto fijado, por lo que la pena de prisión para ella será de 96 meses de prisión y multa de 2.700 s.m.l.m.v.,* por el delito de concierto para delinquir agravado con fines de tráfico de estupefacientes.

*De igual forma, por el concurso heterogéneo de conductas punibles, la pena de prisión establecida se aumentará en veinticuatro (24) meses adicionales por la prevista en el artículo 376 ibídem, además de 5 s.m.l.m.v. de multa por esta misma conducta, por lo que haciendo la sumatoria de la pena impuesta por el delito de mayor entidad, que es de 96 meses de prisión y multa de 2.700 s.m.l.m.v., sumados a los 24 meses más de prisión y a los 5 s.m.l.m.v., nos arroja un total de pena a imponer de 120 meses de prisión y multa en el equivalente a 2.705 s.m.l.m.v.*

*6.4 De la rebaja de pena por aceptación de cargos.*

*Debe precisarse inicialmente por el despacho que la aceptación de cargos efectuada por los acusados por el delito de* Concierto para delinquir agravado *comporta una rebaja que va hasta el 50% de la pena imponible conforme lo establece el artículo 351 del CP.P., sin que haya lugar a la aplicación del parágrafo del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, puesto que frente a tal conducta delictiva los acusados fueron judicializados con ocasión de sendas órdenes de captura que se libraron en su contra.*

*Igualmente, frente a las conductas previstas en los artículos 365 y 376 del CP., tal como se ha establecido en esta sentencia para cada uno de los coacusados, se dejó claro por parte de la Fiscalía y el Juez de Control de Garantías ante quien se adelantaron las audiencias concentradas, que la aceptación de cargos por esas conductas comportaba una rebaja del 12.5% de la pena y no del 50%, por haber sido sorprendidos en típica situación de flagrancia, conforme a lo dispuesto por el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, que modificó el artículo 301 de la Ley 906 de 2004, en el que se consignó un parágrafo que establece que* "La persona que incurra en las causales anteriores sólo tendrá un cuarto % del beneficio de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004", *refiriéndose dicha premisa a las causales en que opera una captura en situación de flagrancia, casos en los cuales la rebaja por aceptación de cargos en la audiencia de formulación de imputación será únicamente del equivalente a* XA *parte del cincuenta por ciento (50%), es decir, el equivalente al 12.5% como descuento o rebaja punitiva por la aceptación de los cargos en la audiencia de formulación de imputación, según la interpretación que sobre tal disposición normativa fuera efectuada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia a través de la sentencia 38.285 del 11 de julio de 2012, MP. Julio Enrique Socha Salamanca, además del estudio de constitucionalidad que también efectuó la H. Corte Constitucional sobre dicha premisa normativa en la que la declaró exequible.*

*En atención a que precisamente el delito que comporta la rebaja del 50% es aquel que según los presupuestos normativos para el proceso de individualización de la pena, contempla la pena más grave según su naturaleza, correspondiente al concierto para delinquir agravado, y es a ese quantum punitivo dosificado y fijado al que se le suman esos otros tantos con ocasión del concurso de conductas punibles, ellas las establecidas en los artículos 365 y 376 del CP., precisamente aquellas donde la rebaja punitiva por la aceptación de cargos sólo alcanza el 12.5% de la pena a imponer, considera el despacho que conforme a la modalidad concursal que debe dosificarse imperante en el* sub judice, *por sustracción de materia resulta irrelevante para el descuento punitivo contemplar el 12.5%, pues resulta inoperante frente a dicha figura, además de atentatoria del principio de favorabilidad, puesto que si la conducta que establece la pena más grave tiene el beneficio de la rebaja hasta el 50% como descuento punitivo por la aceptación de cargos, pena a la que se le suman unos guarismos adicionales fijados por el juez teniendo en cuenta únicamente las advertencias del artículo 31 del CP., lo correcto además de legal será entonces hacer la valoración pertinente para que el descuento punitivo tenga como base ese 50% como rebaja máxima permitida en la ley para este momento procesal, descartando rotundamente por innecesaria e irrelevante la relacionada con el 12.5%.*

*Debido a que los acusados han resuelto agotar anticipadamente el trámite adelantado en su contra aceptando los cargos a ellos enrostrados desde la audiencia de formulación de imputación, aclarando que el señor Molina Bermúdez lo hizo de manera parcial, con lo cual han evitado un desgaste significativo a la administración de justicia, determinándose igualmente que no poseen antecedentes penales vigentes en su contra, el juzgado deducirá de las penas ya dispuestas a cada uno, el 50% como descuento punitivo máximo por la aceptación de cargos.*

*En este orden de ideas, si la pena a imponer tal como quedó fijada para el señor JORGE FERNANDO MOLINA BERMÚDEZ es de 225 meses de prisión y multa en el equivalente a 9.530 s.m.l.m.v., al descontar a cada una de ellas el 50% como rebaja por la aceptación de cargos, nos arroja una pena final de prisión de 112,5 MESES, EQUIVALENTE A 9 AÑOS, 4 MESES, 15 DÍAS, Y MULTA EN EL EQUIVALENTE A 4.765 SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.*

*De igual manera, si la pena a imponer tal como quedó fijada para la señora LADY JOHANNA NOGUERA HENAO es de 120 meses de prisión y multa en el equivalente a 2.705 s.m.l.m.v., al descontar a cada una de ellas el 50% como rebaja por la aceptación de cargos, nos arroja una pena final de prisión de 60 MESES, EQUIVALENTE A 5 AÑOS, Y MULTA EN EL EQUIVALENTE A 1.352,5 SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.*

*6.5 Pena Accesoria.*

*Así mismo, de conformidad con los artículos 43 numeral Io, 44 y 52 inciso 3o del C.P., les será impuesta como pena accesoria la de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un período igual al de la sanción principal, razón por la cual se comunicará sobre ello a la Registraduría Nacional del Estado Civil y a la Procuraduría General de la Nación para lo de su competencia.”*

4.2 El juez de primer grado negó el subrogado de la prisión domiciliaria a la procesada Lady Johanna Noguera Henao, con base en la siguiente argumentación:

* De acuerdo al artículo 38 del C.P. la señora Noguera no tenía derecho al reconocimiento de la prisión domiciliaria, ya que los delitos por los que fue sentenciada tienen prevista una pena de prisión que excede de 5 años, situación que fue reconocida por las partes en la audiencia de individualización de pena.
* Pese a lo anterior la defensa solicitó que se examinara la posibilidad de conceder la prisión domiciliaria a la citada dama, para lo cual adujo que esta tenía la condición de madre cabeza de familia respecto del menor AFMN, de 11 años de edad, para lo cual presentó al despacho los siguientes elementos de prueba: i) declaración juramentada ante el Notario Único del Círculo de Marsella de fecha 13 de abril de 2013, rendida por la señora María Susana Campuzano Calle y José Daniel Carantón Martínez; ii) copia auténtica del registro civil de nacimiento con indicativo serial No. 31450664, a nombre del menor AFMN; iii) copia en fax de una valoración por radiología efectuada a la señora Lady Johanna Noguera Henao; iv) copia en fax de una solicitud de historia clínica presentada por la señora Noguera Henao al Hospital San José de Marsella; y v) informe psicológico del citado menor presentado por la I.P.S Unidad Integral de Salud Médica y Ocupacional UNRISALUD.
* Al haber sido procesados y privados de su libertad los padres del menor AFMN, no existe discusión en el sentido de que la señora Noguera asumiría la condición de madre cabeza de familia frente a su descendiente.
* Sin embargo, esa situación no resulta suficiente para el reconocimiento del beneficio de la prisión domiciliaria, ya que se deben cumplir los requisitos objetivos y subjetivos del artículo 1º de la Ley 750 de 2002, así: i) que el desempeño personal, laboral, familiar o social de la infractora permita a la autoridad judicial competente determinar que no colocará en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo, hijos menores de edad o hijos con incapacidad mental permanente; y ii) que el beneficio consagrado en esa ley no se aplica a los autores o partícipes de los delitos de genocidio, homicidio, delitos contra las cosas o personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, extorsión, secuestro o desaparición forzada o quienes registren antecedentes penales, salvo por delitos culposos o delitos políticos.
* En consecuencia es necesario hacer una ponderación entre el cumplimiento de tales presupuestos y los derechos del menor que se afectarían al no contar con el apoyo moral, social y económico de su madre o su padre, que están privados de su libertad.
* En el caso bajo estudio no se cumple el requisito subjetivo, ya que la procesada Noguera coadyuvó en gran medida a la estructuración y fortalecimiento de la empresa criminal liderada por su esposo Jorge Fernando Molina Bermúdez, ya que era una de las personas a la que le correspondía viajar a los pueblos transportando estupefacientes, fuera de que en la residencia que compartía con su cónyuge y su hijo menor de edad, se hallaron sustancias controladas que estaban listas para su empaque y posterior distribución y venta, al igual que los insumos usados para adelantar esa actividad ilícita, lo que da a entender que su comportamiento social no era el más adecuado ni le daba el mejor ejemplo a su hijo.
* La defensa adujo que ya no se encontraba vigente una sentencia condenatoria dictada contra la procesada y su esposo por violación del artículo 376 del C.P., por lo cual no se podría definir como un antecedente penal, no se puede pasar por alto ese aspecto en lo que toca al análisis del factor subjetivo, ya que si se presentó una condena contra la procesada Noguera y el señor Jorge Fernando Molina Bermúdez, en un contexto fáctico similar a los hechos porque fueron judicializados en este proceso, en lo que atañe a la violación de la norma antes citada por causa del hallazgo de sustancia estupefaciente identificada como positiva para cocaína y sus derivados en un peso neto de 35 gramos en su vivienda, se puede concluir que la procesada es proclive a la comisión de este tipo de conductas delictivas, y que pese a que en la primera ocasión se le concedió el subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, optó por continuar cometiendo la misma actividad ilícita que desarrollaba cuando resultó condenada en el año 2009 por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de esta ciudad.
* No se entiende cómo los padres del menor AFMN, no cumplen con los deberes que les impone el artículo 44 de la Constitución de 1991 y por el contrario resultan involucrados nuevamente en unos actos delictivos, luego de que se les hubiera extinguido la pena fijada en la primera sentencia referida .
* En consecuencia estimó que en atención a las circunstancias mencionadas debía primar el interés de la comunidad y del Estado en relación con los fines de la pena, sobre los derechos del citado menor, ya que si en la primera oportunidad que se le brindó a la señora Noguera, no se cumplieron esos propósitos, no resultaba procedente otorgarle de nuevo un beneficio como la prisión domiciliaria por el hecho de invocar su condición de madre cabeza de familia y especialmente para proteger los derechos de su hijo, ya que el comportamiento de la procesada frente a la comunidad demostraba que no se acreditaba con solvencia el presupuesto subjetivo para conceder ese subrogado.
* En consecuencia el *A quo* revocó la detención domiciliaria reconocida a la procesada y dispuso su confinación en un establecimiento penitenciario, para que entrara a descontar la pena impuesta.

5. SOBRE EL RECURSO PROPUESTO.

5.1 En el escrito de apelación, el defensor de los procesados manifestó que desistía del recurso interpuesto en lo relativo a la sentencia dictada contra el procesado Jorge Fernando Molina Bermúdez. Por lo tanto, en aplicación del principio de limitación de la segunda instancia, esta Colegiatura solamente se pronunciará frente al recurso propuesto frente al caso de la señora Lady Johana Noguera Henao, y con relación a los dos temas puntuales que propuso el recurrente.

5.2 La argumentación del censor frente al fallo de dictado en contra de esta procesada, se sintetiza así:

5.2.1 SOBRE LA PENA FIJADA POR LA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 367 DEL C.P.

El juez de primer grado motivó la sentencia acertadamente frente a la punibilidad, la adecuación típica de las conductas punibles y la aplicación del principio de favorabilidad, mas no en lo relativo a la aplicación de la pena en lo que atañe a la conducta descrita en el artículo 376 del C.P. atribuida en concurso heterogéneo, ya que al coprocesador Jorge Fernando Molina Bermúdez se le impuso una pena de 24 meses de prisión por esa conducta punible, que fue la misma que se le fijó a su representada, para lo cual consideró que su situación era similar a la del señor Molina, por haberla encontrado dentro de la misma residencia, lo cual constituye un criterio subjetivo.

5.2.2 En este caso había lugar a una diferenciación en la sanción, ya que al señor Molina se le fijó la pena por el delito de concierto para delinquir agravado con fines de narcotráfico y homicidio con base en el máximo del primer cuarto de pena, que fue duplicada en su caso por ser considerado el líder de esa organización delictiva, pero en lo concerniente a Lady Johana Noguera no se tuvieron en cuenta esas mismas consideraciones y se partió el mínimo del primer cuarto de pena.

En consecuencia advierte que la condición de la citada dama era diferente, ya que no ostentaba un rango de dirección dentro de la organización criminal dedicada al tráfico de estupefacientes, por lo cual no se le podía imponer la misma pena que la fijada al coacusado por la violación del artículo 376 del C.P., que en consecuencia debió haber sido reducida de 24 a 12 meses de prisión por esa conducta punible concursante.

5.3 SOBRE LA NO CONCESIÓN DE LA PRISIÓN DOMICILIARIA A LA SEÑORA LADY JOHANA NOGUERA HENAO.

El recurrente considera que en este caso: i) se debe desatender el hecho de que la señora Noguera presentaba antecedentes penales, para los efectos previstos en la ley 750 de 2002; y ii) en lo concerniente al factor subjetivo de esa figura que modifica el lugar de cumplimiento de la pena, se debió entender que la procesada era madre cabeza de familia y el confinamiento en su residencia no generaba riesgo para los derechos de su hijo menor de edad, ya que la labor delictiva que cumplía la procesada era la de transportar estupefacientes, pero no se puede afirmar que adelantara actos de violación del artículo 376 del C.P. en su residencia por lo cual no se puede deducir ninguna condición de peligro para el citado menor derivada de la concesión de ese beneficio, máxime si el papel protagónico en lo relativo al tráfico de sustancias controladas lo ejercía el señor Jorge Fernando Molina Bermúdez y existían valoraciones que indicaban que su hijo desconocía las causas de la detención de sus padres, fuera de que el otorgamiento de la prisión domiciliaria redundaría en beneficio del infante.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA..

6.1 Competencia

Esta Corporación es competente para conocer del recurso propuesto, en atención a lo dispuesto en los artículos 20 y 34-1 del CPP.

6.2 Problema jurídico

En atención a la argumentación del recurrente se debe decidir lo concerniente al grado de acierto de la decisión de primer grado en lo relativo a la procesada Lady Johanna Noguera Henao, en los dos temas puntuales referidos por el impugnante así: i) la fijación de la pena por el *contra jus* de violación del artículo 376 del C.P., que fue impuesta bajo las reglas del concurso de conductas punibles con el *contra jus* de concierto para delinquir en modalidad agravada; y ii) la negación de la prisión domiciliaria a la procesada, que se había solicitado aduciendo su condición de madre cabeza de familia.

6.3 SOBRE EL PRIMER PROBLEMA JURÍDICO PROPUESTO: La fijación de la pena a la coprocesada Lady Johanna Noguera Henao, por el delito concursante de violación del artículo 376, inciso 2º del C.P.

En lo relativo al ejercicio de dosimetría penal que se hizo en el caso de la procesada por el delito concursante de violación del artículo 376 del C.P., se hacen las siguientes consideraciones:

6.3.1. En lo que tiene que ver con el tema puntual de la fijación de la pena a la señora Lady Johanna Noguera Henao, por el delito de violación del artículo 376 del C.P., el *A quo* hizo el siguiente análisis:

* Inicialmente fijó los cuartos de pena corporal y pecuniaria, conforme al segundo inciso del artículo 376 del C.P.
* Al aplicar las reglas previstas en el artículo 31 del C.P para los eventos de concurso de delitos consideró que en el caso de la procesada la conducta que acarreaba la mayor consecuencia jurídica era la de concierto para delinquir en modalidad agravada por estar dirigida al tráfico de estupefacientes. Luego de hacer diversas consideraciones fijó la pena para este delito en el extremo mínimo del primer cuarto de pena fijado para esa conducta punible, por la cual le impuso una sanción corporal de 96 meses de prisión y multa de 2.700 SMLMV.
* En lo que atañe a la decisión que es objeto del presente recurso se dijo lo siguiente: *“De igual forma, por el concurso heterogéneo de conductas punibles, la pena de prisión establecida se aumentará en veinticuatro (24) meses adicionales por la prevista en el artículo 376 ibídem, además de 5 s.m.l.m.v. de multa por esta misma conducta”*
* En consecuencia para imponer la sanción definitiva impuesta a la señora Noguera se partió de un acumulado de 120 meses de prisión, y multa equivalente a 2.705 SMLMV, la cual fue reducida en virtud del allanamiento a cargos de la procesada. Por lo tanto, en el fallo de primer grado se dijo lo siguiente: *“...De igual manera, si la pena a imponer tal como quedó fijada para la señora LADY JOHANNA NOGUERA HENAO es de 120 meses de prisión y multa en el equivalente a 2.705 s.m.l.m.v., al descontar a cada una de ellas el 50% como rebaja por la aceptación de cargos, nos arroja una pena final de 60 MESES, EQUIVALENTE A 5 AÑOS, Y MULTA EN EL EQUIVALENTE A 1.352,5 SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES...” .*

6.3.2 En el caso *sub lite,* la inconformidad de la defensa se centra en el hecho de que la pena concursante que se impuso a la procesada por el delito de violación del artículo 376 del C.P., que fue de 24 meses de prisión, fue igual a la que se señaló al señor Jorge Fernando Molina Bermúdez por el mismo delito.

El recurrente aduce que el coprocesado Molina tuvo un papel protagónico en los actos de comercio de estupefacientes, hasta en el punto de que fue sentenciado por la conducta de concierto para delinquir agravado con fines de narcotráfico bajo la modalidad prevista en el inciso 3oº de esa norma, al tiempo que su esposa Lady Johana solamente desempeñaba la actividad de transportar sustancias controladas dentro de la misma organización, lo que indica que su conducta tenía un *plus* menor de lesividad y que por ello la pena para que se le impuso por la violación del artículo 376 del CP debía ser reducida a la mitad de la que se le impuso al señor Molina y en consecuencia se debía fijar en 12 meses de prisión.

6.3.3 Sobre el tema hay que manifestar que según el acta de la audiencia preliminar que se adelantó el 27 de febrero de 2013, la FGN le formuló cargos a Jorge Fernando Molina Bermúdez por los delitos de: i) concierto para delinquir agravado (art. 340-2 C.P.); ii) tráfico, fabricación y porte de estupefacientes, con la consecuencia jurídica prevista en el inciso 1º del artículo 376 del C.P.; iii) tráfico, porte o tenencia de armas de fuego o municiones (art. 365 C.P.); iv) homicidio en grado de tentativa (art. 103 C.P.); v) homicidio agravado en concurso homogéneo (artículos 103 y 104-7 C.P.); y vi) uso de menores de edad para la comisión de delitos (artículo 188D C.P.). El señor Molina aceptó cargos en lo relativo a las conductas descritas en los artículos 340-2; 365 y 376, inciso 1º del C.P.

Por su parte a la procesada Lady Johanna Noguera Henao se le presentaron cargos por las conductas punibles de concierto para delinquir agravado (artículo 340-2 C.P.), y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, con la pena prevista en el inciso 2º del artículo 376 del C.P.[[1]](#footnote-1) , con los cuales se mostró conforme.

6.3.4 En el contexto fáctico del escrito de acusación presentado como consecuencia de la aceptación de cargos se hizo el mismo juicio de adecuación en lo relativo a los incisos que determinan la pena imponer, es decir que en el caso del señor Molina Bermúdez se manifestó que la acusación se adecuaba a la regulación punitiva del inciso 1º del artículo 376 del C.P. y que en lo relativo a la señora Lady Johanna Noguera la pena a imponer era la prevista en el inciso 2º de esa norma [[2]](#footnote-2)

Sin embargo en el acápite de “formulación de la acusación”[[3]](#footnote-3), se presentó una modificación ya que el señor Molina y la señora Noguera fueron acusados de manera uniforme por la violación del artículo 376 del C.P., con la consecuencia jurídica prevista en el inciso 2º de esa disposición, que contempla una pena corporal que va de 64 a 108 meses de prisión y multa de 2 a 150 SMLMV.

La mencionada calificación jurídica de los hechos resulta conforme con el fallo de primer grado, donde se fijaron los mismos límites de punibilidad del artículo 376, inciso 2º del C.P. [[4]](#footnote-4).

6.3.5 Si se lee detenidamente el fallo de primera instancia se advierte que el juez de conocimiento hizo una referencia a la mayor lesividad del comportamiento del señor Molina Bermúdez en razón de su carácter de líder de organización delictiva, pero esas consideraciones sólo operaron frente al delito de concierto para delinquir agravado, lo cual resultaba explicable ya que fue sentenciado por ese *actus reus,* en la modalidad prevista en el inciso 3º del artículo 340-3 del C.P., lo que determinó que inicialmente se le fijara una pena de 189 meses y multa de 9.525 SMLMV .

6.3.6 En lo que tiene que ver con la conducta de violación del artículo 376 del C.P., con la pena prevista en segundo inciso por la cual aceptó cargos el procesado Molina, hay que manifestar que como en este caso se presentó un concurso de delitos de concierto para delinquir agravado en la modalidad prevista en el artículo 340-3 del C.P, que es el llamado “concurso para jefes” y vulneración del artículo 376 del estatuto punitivo con la pena prevista en su segundo inciso, se debía aplicar el artículo 31 del CP, según el cual en los casos de concurso de delitos se aplica: *“la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas.”.*

6.3.7 Por ello se entiende que el criterio del *A quo* al imponerle 24 meses de prisión al procesado Molina por la violación del artículo 376 del C.P., inciso 2º, no estuvo determinado por las reglas generales de fijación de pena previstas en los artículos 60 y 61 del C.P. ya que el funcionario de primer grado no acudió al sistema de cuartos para establecer la sanción por el delito concursante contra la salud pública, pues que de haber sido así la pena para el tipo de concierto para delinquir agravado (artículo 340-3) impuesta al ciudadano Molina, se tendría que haber aumentado mínimamente en 64 meses de prisión, con base en los cuartos de pena establecidos para esa conducta punible.

6.3.8 En consecuencia se advierte que la concreción de ese *plus* punitivo para el delito concursante no fue determinada por los factores de individualización de la sanción que contempla el artículo 61 del C.P, sino por la aplicación de las reglas de pena en concurso de delitos que prevé el artículo 31 *ibídem.,* que no establece una punibilidad autónoma, ya que esta queda sometida a que: i) se fije la pena concreta para cada conducta punible para establecer cuál es la sanción de mayor gravedad; y ii) que el incremento por concurso no supere la suma aritmética de las penas concretas a imponer por los delitos concursantes como se dijo en CSJ SP del 11 de agosto de 2004, radicado 20849.

6.3.9 En consecuencia no resulta cierto el argumento del recurrente en el sentido de que el *A quo* hubiera realizado una mayor desvaloración de la conducta del procesado Molina frente a la conducta de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y en ausencia de ese tipo de razonamientos, por sustracción de materia no es posible hacer comparaciones entre la conducta de esta persona y la de la señora Lady Johana Noguera a quien también se le fijaron 24 meses de prisión, como incremento por ese delito concursante, a efectos de analizar una reducción de la sanción fijada como consecuencia de haber aceptado cargos por la violación de la norma de prohibición contenida en el artículo 376 del C.P., lo que incluso implicaría revivir fases procesales ya superadas, en razón de la aceptación de cargos que hizo la procesada Noguera por el delito en mención.

6.3.10 Con base en lo expuesto en precedencia se confirmará la sentencia de primera instancia en ese aspecto puntual.

6.4 SOBRE EL SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO PROPUESTO: La negación de la prisión domiciliaria la procesada Lady Johanan Noguera Henao.

6.4.1.1 Como se expuso en el apartado 4.2 de esta decisión, el juez de primer grado consideró que pese a la condición de madre cabeza de familia que tenía la procesada en lo relativo a su hijo A.F.M.N. de 11 años de edad, no se cumplía el requisito subjetivo para concederle ese beneficio, ya que presentaba una condena por violación del artículo 376 del C.P. que le había impuesto el Juzgado 6º Penal del Circuito de esta ciudad, y que pese a que la misma ya estaba extinguida, el hecho de haber incurrido nuevamente en ese tipo de actividades ilícitas que presentaban identidad con las juzgadas en el presente proceso determinaban su inclinación a cometer esa clase de delitos, por lo cual debía primar el interés de la sociedad y del Estado en relación con los fines de la pena sobre los derechos de su hijo. Por lo tanto dispuso su internación *in locco carceriis.*

6.4.2 Por su parte el censor plantea: i) que para efectos del beneficio reclamado no se debe considerar el hecho de que la señora Noguera presente antecedentes penales, para los efectos previstos en el la ley 750 de 2002; y ii) que en lo concerniente al factor subjetivo de la prisión domiciliaria, que significa una sustitución del sitio donde se debe cumplir la pena, se debió considerar que su representada tenía la calidad de madre cabeza de familia y que el confinamiento en su residencia no generaba riesgo para los derechos de su hijo menor de edad, ya que la labor delictiva que cumplía la procesada en el presente caso fue la de transportar estupefacientes, pero no se podía afirmar que adelantara actos de violación del artículo 376 del C.P. en su vivienda, de lo cual no se deducía ninguna situación que generara riesgo para el menor AFMN, máxime si el papel protagónico en lo relativo al tráfico de sustancias controladas lo ejerció su padre Jorge Fernando Molina Bermúdez y existían valoraciones que indicaban que su hijo desconocía las causas de la detención de sus progenitores, fuera de que el otorgamiento de la prisión domiciliaria redundaría en beneficio del citado menor.

6.4.3 Frente a la presente decisión hay que manifestar inicialmente que el artículo 23 de la ley 1709 de 2014 modificó el numeral 1º del artículo 38 B del C.P., en el siguiente sentido: *Son requisitos para conceder la prisión domiciliaria: 1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos”.* Como se observa esta modificación legislativa resulta ser más favorable ya que la redacción original de la norma fijaba ese límite en cinco (5) años.”

A su vez en CSJ SP del 9 de marzo de 2016, radicado 45181 se manifestó lo siguiente: *“...cuando se establece la conducta punible en punto del elemento objetivo para acceder a la prisión domiciliaria sustitutiva de la intramural, también deben tenerse en cuenta tales variantes de los extremos punitivos , a fin de precisar con singularidad e individualidad “que en el caso concreto la “pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos”,* lo que significa que no se debe examinar la pena abstracta fijada en el respectivo tipo penal, sino la pena concreta señalada en la sentencia.

Sin embargo se debe tener en cuenta que para la fecha del fallo de primer grado no se había proferido esa decisión de la SP de la CSJ, y que cada uno de los delitos aceptados por la procesada tenía una pena mínima que superaba los cinco (5) años de prisión, por lo cual no resultaba posible el reconocimiento de ese mecanismo sustitutivo de la prisión intramural, con base en la regla general del artículo 38 del C.P. pese a la modificación antes referida.

6.4.4 Por esa razón la situación de la procesada fue examinada bajo el marco normativo de los artículos 314-5 y 461 del CPP, es decir con base en su condición de madre cabeza de familia, que se consideró demostrada, al tiempo que negó la prisión domiciliaria por estimar que la señora Noguera no cumplía el requisito subjetivo para acceder a ese beneficio.

6.4.5 Frente a lo resuelto por el juez de primera grado, hay que tener en cuenta que en el contexto fáctico del escrito de acusación se manifestó lo siguiente:

* Que en el municipio de Marsella Risaralda, operaba una organización criminal dedicada al microtráfico de estupefacientes, liderada por el alias "El Gordo Molina"; de la cual hacían parte, entre otros, su esposa "Lady Johana", y otros individuos conocidos como “el mono arracacho"; "Popeye"; "Geovanny"; “tatuajes”; "Bris"; "Tamayo", "Mateo" y "Fucil", quienes desde tiempo atrás vienen distribuyendo sustancias estupefacientes en esa localidad; utilizaban menores de edad para cometer esa conducta punible y ordenaban el asesinato de personas que se negaban a colaborar con esa organización, u obstaculizaban sus labores.
* Que luego de que fueran expedidas órdenes de captura contra Lady Johanna Noguera y Jorge Fernando Molina Bermúdez, se ordenó una diligencia de allanamiento y registro al inmueble ubicado en la calle 76D No. 25 B-30 de esta ciudad, para hacer efectivos esos mandatos, donde fueron aprehendidas esas personas el 26 de febrero de 2013 y se incautaron sustancias estupefaciente (cocaína y sus derivados) lista para su empaque, y un revólver calibre 38.[[5]](#footnote-5)
* Que en la audiencia preliminar adelantada el 27 de febrero de 2013, se le formularon cargos a la señora Noguera Henao por los delitos de concierto para delinquir en la modalidad de tráfico de estupefacientes (art. 340-2 C.P.), en concurso heterogéneo con el delito de fabricación, tráfico y porte de estupefacientes, (art. 376, inciso 2º C.P) y se aclaró que este último delito se imputaba en situación de flagrancia, ante el descubrimiento del mismo en desarrollo de la diligencia de allanamiento, cargos que fueron aceptados por la citada dama a quien se le impuso una medida de aseguramiento de detención preventiva en lugar de residencia.

6.4.6 De acuerdo a lo consignado en el fallo de primera instancia, la señora Noguera permaneció en detención domiciliaria hasta el momento de la sentencia de primer grado, donde se le negó el subrogado de la prisión domiciliaria, con base en las razones antes referidas.

6.4.7 En ese sentido se debe tener en cuenta, que las funciones de la pena resultan ser bien distintas a los criterios procedimentales que rigen la imposición de una medida privativa de la libertad, pues la imposición de la sanción penal responde a los fines de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado, según el artículo 4º del C.P., al tiempo que la medida de aseguramiento de detención preventiva tiene propósitos distintos, como evitar la obstrucción de la justicia, el peligro para la víctima y la comunidad, para asegurar la comparecencia del imputado al proceso y el cumplimiento de la sentencia según el artículo 308 de la ley 906 de 2004, norma que es desarrollada en los artículos 309, 310, 311 y 312 *ibídem.*

6.4.8 El numeral 5º del artículo 314 del Código de Procedimiento Penal consagra:

*“Sustitución de la detención preventiva: La detención preventiva en establecimiento carcelario, podrá sustituirse por la del lugar de residencia en los siguientes eventos:*

*(…)*

*5. Cuando la imputada o acusada fuere madre cabeza de familia de hijo menor o que sufriere incapacidad permanente, siempre y cuando haya estado bajo su cuidado” [[6]](#footnote-6)*

Por su parte el artículo 461 del CPP, establece lo siguiente:

*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 suspensión de la detención preventiva.”.*

6.4.9 En ese orden de ideas, se debe tener en cuenta lo dispuesto en la ley 750 de 2002, en los siguientes términos:

*“Artículo 1°. La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá, cuando la infractora sea****mujer****cabeza de familia, en el lugar de su residencia o en su defecto en el lugar señalado por el juez en caso de que la víctima de la conducta punible resida en aquel lugar, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:*

*Que el desempeño personal, laboral, familiar o social****de la infractora****permita a la autoridad judicial competente determinar que no colocará en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo, hijos menores de edad o hijos con incapacidad mental permanente.*

*La presente ley no se aplicará****a las autoras o partícipes****de los delitos de genocidio, homicidio, delitos contra las cosas o personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, extorsión, secuestro o desaparición forzada o quienes registren antecedentes penales, salvo por delitos culposos o delitos políticos.*

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

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

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

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

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

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

**(...)**

*Artículo 4°. La detención preventiva cuando proceda respecto de una mujer cabeza de familia, será sustituida por la detención domiciliaria en los mismos eventos y bajo las mismas condiciones consagradas en la presente ley para la pena sustitutiva de prisión domiciliaria.”*

6.4.10 Por su parte en sentencia CSJ SP del 23 de marzo de 2011, radicado 34784, se manifestó lo siguiente:

*“(...)*

*4.1. Esta Corporación, a partir del auto de única instancia, radicado 22453 del 26 de junio de 2008, se pronunció acerca de la viabilidad de dar aplicación al artículo 314 numeral 5º, consagrado en la nueva normatividad procesal, en cuanto redujo significativamente las exigencias para acceder al beneficio de la prisión domiciliaria, señalando que aún cuando ese precepto hace referencia a la figura de la detención preventiva, es posible efectuarse la sustitución de la ejecución de la pena bajo ese mismo supuesto, según lo estipula el artículo 461 ibídem.*

*Se dijo en esa ocasión:*

*Ahora bien, a la luz de la Ley 750 una tal aspiración podría verse eventualmente frustrada de cara al no cumplimiento del requisito subjetivo, esto es, cuando se tratara de analizar que el encierro domiciliario podría evitar que se pusiera en peligro a la comunidad, originada una tal conclusión luego de sortear el examen del desempeño personal, social, familiar y laboral de la procesada.*

*Pero aún así, y en la mira de escudriñar la posibilidad de la sustitución, surge potencialmente viable la nueva normatividad procesal regulada por la Ley 906 de 2004, en cuyo artículo 314 se describe la internación domiciliaria, y aunque si bien es cierto lo hace el legislador como sustitución de la detención preventiva (cfr num. 5 idem), esto es, de la medida de aseguramiento, también lo es que a la sustitución de la ejecución de la pena puede arribarse por ese mismo sendero, tal como lo autoriza el artículo 461 de la reseñada Ley 906. En síntesis, el encerramiento domiciliario bajo la novedosa legislación opera como forma de sustitución tanto de la detención preventiva como de la pena de prisión.*

*Ahora, las exigencias que demanda la Ley 906 en punto al instituto jurídico bajo examen son significativamente reducidas y abiertamente ventajosas, como que basta demostrar la calidad de cabeza de familia respecto de hijo menor o que sufra incapacidad permanente, y además, que ese menor (a quien la ley pretende proteger) haya estado bajo su cuidado. Como se ve, la aplicación del sustituto hoy en día no está limitada -por lo menos desde la visión de esa norma y para la época en que se cometió la infracción- por la naturaleza del delito, así como tampoco supeditada a la carencia de antecedentes penales y mucho menos a la valoración de componente subjetivo alguno, dada la simplicidad que ofrece la construcción legislativa del dispositivo.*

*No hay duda, pues, que los nuevos instrumentos procesales son (como se dijo) muchísimo más ventajosos que los anteriores, resultando por ello aplicables en virtud del principio de favorabilidad, pues nadie discute -de una parte- el carácter sustancial del instituto y -de otra- la sucesión de leyes en el tiempo acompañada de la simultaneidad de sistemas, completando y configurando así el trío de elementos necesarios para que jurisprudencial, constitucional y legalmente pueda abrirse paso la aplicación de aquella garantía fundamental.*

*4.2. A la luz del precedente en cita, reiterado por la Sala en diversas oportunidades[[7]](#footnote-7), es claro que en el esquema del actual sistema de procesamiento, la posibilidad de acceder al mecanismo de la prisión domiciliaria por virtud de lo dispuesto en la Ley 750 de 2002, a partir de las disposiciones más benignas que regulan la materia (Ley 906 de 2004, artículo 314-5), está supeditada, a que se demuestre dentro del proceso, que se tiene la condición de “cabeza de familia”.*

*Según el artículo 2º de la Ley 2ª de 1982, se entiende por “mujer cabeza de familia”, quien siendo soltera o casada tenga bajo su cargo, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios o de 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 grupo familiar.*

*El concepto, según la Corte Constitucional[[8]](#footnote-8), involucra los siguientes elementos:*

*En efecto, para tener dicha condición, es presupuesto indispensable (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 solo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquella 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.*

*Así pues, la mera circunstancia del desempleo y la vacancia temporal de la pareja, o su ausencia transitoria, por prolongada y desafortunada que resulte, no constituyen elementos a partir de los cuales pueda predicarse que una madre tiene la responsabilidad exclusiva del hogar en su condición de madre cabeza de familia.*

*La misma Corporación reconoció ese derecho[[9]](#footnote-9) a los hombres que se encuentren en igual situación de hecho que una mujer cabeza de familia.*

*La persona que aduzca esa calidad deberá acreditar que está a cargo del cuidado de los niños, que su presencia en el seno familiar es necesaria porque los menores dependen de ella no solo económicamente sino en cuanto a su salud y cuidado, y es de su exclusiva responsabilidad el sostenimiento del hogar; por tanto, que la medida se hace necesaria para garantizar la protección de los derechos de los niños y no simplemente una excusa para evadir el cumplimiento de la pena en el sitio de reclusión.*

*Así lo señaló la Corte Constitucional[[10]](#footnote-10), al declarar inexequibles las expresiones “de doce años” y “mental” contenidas en el numeral 5º del artículo 314 de la ley 906 de 2004:*

*Ciertamente, el artículo demandado tiene una clara finalidad proteccionista, por lo que su aplicación debe entenderse circunscrita a las condiciones particulares de los menores involucrados y a la existencia de una verdadera situación de indefensión. En ese sentido, corresponde al juez de control de garantías evaluar la situación del menor cuya madre o padre deben soportar una medida de aseguramiento, con el fin de determinar si resulta factible conceder el beneficio de la detención domiciliaria. De hecho, la misma norma precisa que la detención preventiva en establecimiento carcelario podrá ser modificada por la detención domiciliaria, en expreso reconocimiento de que la valoración de su concesión debe quedar a cargo del juez de control de garantía.*

*(…)*

*De cualquier manera, dado que la finalidad de la norma es garantizar 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[[11]](#footnote-11).*

*Pero también enfatizó en la necesidad de examinar si la naturaleza del delito, objeto de condena, es incompatible con el interés superior del menor, porque en ese caso no procede el beneficio:*

*Adicional a lo anterior, la Corte insiste que el interés superior del menor es el criterio final que debe guiar al juez en el estudio de la viabilidad del beneficio de la detención domiciliaria. Por ello, la opción domiciliaria tampoco puede ser alternativa válida cuando la naturaleza del delito por el que se procesa a la mujer cabeza de familia, o al padre puesto en esas condiciones, ponga en riesgo la integridad física y moral de los hijos menores. Así las cosas, si la madre o el padre cabeza de familia son procesados por delitos contra la integridad del menor o la familia, por ejemplo, acceso carnal abusivo, el juez de garantías estaría compelido a negar la detención domiciliaria, pues la naturaleza de la ofensa legal sería incompatible con la protección del interés superior del menor.*

*El juez en cada caso analizará la situación especial del menor, el delito que se le imputa a la madre cabeza de familia, o al padre que está en sus mismas circunstancias, y el interés del menor, todo lo cual debe ser argumentado para acceder o negar el beneficio establecido en la norma que se analiza.*

*(…)*

*Hechas las anteriores precisiones, la Corte reitera que la declaratoria de inexequibilidad de la norma no es una autorización automática al juez para que, siempre que encuentre hijos menores de edad, conceda el beneficio indicado. El criterio matemático y formal de la edad del menor debe ser sustituido por el criterio material, fáctico y concreto del interés superior del niño, por lo que la responsabilidad de garantizar el bienestar de todo menor de edad que está en dicha posición reposa en el juez competente (Subraya la Sala).*

*Como se observa, la Corte Constitucional es reiterativa en señalar que el interés superior del niño, es el criterio que debe guiar al juez al momento de examinar la viabilidad del beneficio. Por tanto, una vez establezca la condición de madre o padre cabeza de familia, según el caso, es ineludible examinar la concreta situación del menor, el grado de desprotección o desamparo por ausencia de otra figura paterna o familiar que supla la presencia del progenitor encargado de su protección, cuidado y sustento.*

*Adicionalmente, precisó que el funcionario judicial también debe atender a la naturaleza del delito por el cual se adelanta proceso penal al padre o madre cabeza de familia, en orden a preservar la integridad física y moral del menor.*

*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....” (Subrayas fuera del texto original)*

6.4.10.1 Se debe tener en cuenta que en el precedente antes citado se analizó la situación de una persona que había sido sentenciada por violación del artículo 376 del C.P., lo que supone un contexto fáctico que se asemeja al del caso sub examen, y en tal virtud se dijo lo siguiente:

*“(...)*

*5.1. No hay duda, para la Sala, que GABRIELA FLOREZ RODRÍGUEZ es la única persona encargada de velar por el cuidado y manutención de sus dos hijos, pues los menores de edad no cuentan con la presencia de su padre o de otra persona que pueda brindarles el cuidado o la protección integral a la que tienen derecho, pues dadas la condiciones que los rodean, una vecina fue quien se encargó de brindarles algunos cuidados y alimentos, en el tiempo que su progenitora estuvo privada de la libertad.*

*5.2. Sin embargo, al verificar la conducta por la cual se condenó a GABRIELA FLOREZ RODRÍGUEZ, –tráfico, fabricación o porte de estupefacientes- consagrada en el artículo 376 inciso 3º del Código Penal, encuentra la Sala que la convivencia con sus hijos pondría en riesgo el interés superior que les asiste, dado que la repentina decisión de transportar sustancia estupefaciente adherida a su cuerpo, cuando venía procurando el sustento suyo y de su familia en forma lícita, no asegura que la integridad física y moral de los menores permanecerá intacta, pues a sabiendas de la responsabilidad que como madre tiene de proteger y brindar bienestar a su hijos, no dudó en recurrir a la actividad delincuencial, sin importarle el riesgo y las consecuencias que podía traerle a su familia, con tal de obtener beneficios económicos.*

*Proceder que sin duda, se ofrece incompatible con la edad en la que se encuentran Anyi Marcela y José Reinel Guzmán Florez - ambos adolescentes- dada su capacidad intelectiva y volitiva que les permite percibir lo que ocurre a su alrededor y los hace vulnerables frente al mal ejemplo de sus semejantes, todo lo cual incide en forma definitiva en su proceso de formación.*

*En ese orden, no hay lugar a casar la sentencia recurrida...”*  (Subrayado fuera de texto).

6.4.11 En ese orden de ideas, se considera que le asistió razón al juez de conocimiento en lo relativo a la valoración que hizo sobre el factor subjetivo previsto en el inciso 2º del artículo 1º de la ley 750 de 2002, en atención a la reiteración de la procesada en la comisión de conductas punibles contra el bien jurídico de la salud pública, a efectos de negar la concesión del mecanismo de la prisión domiciliaria a la señora Noguera Henao.

Lo anterior conduce a esta colegiatura a confirmar la decisión impugnada en ese aspecto puntual.

Sin embargo, es preciso señalar que en el caso concreto la presente decisión no tiene efectos adversos a los intereses de la encartada, en consideración a que en la actualidad la señora Lady Johanna Noguera Henao goza del beneficio de libertad condicional, el cual le fue otorgado por el despacho de primera instancia a través del providencia del 28 de marzo de 2017.

Con base en lo expuesto en precedencia, la Sala 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 del 24 de mayo de 2013 del juzgado 1º penal del circuito especializado de Pereira en el caso de la señora Lady Johana Noguera Henao en lo que fue objeto de impugnación, es decir la fijación de la pena por el delito concursante de violación del artículo 376 del C.P. y la negación de la prisión domiciliaria como madre cabeza de familia.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Magistrado

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Magistrado

1. Folios 97 a 101 [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 103 a 109 [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 105 a 106 [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 166 y 167 [↑](#footnote-ref-4)
5. Ver folios 83 a 90 [↑](#footnote-ref-5)
6. N° 5 Articulo 318 Ley 906 de 2.004 [↑](#footnote-ref-6)
7. Cfr radicados 30872 de 2008, 31381, 29940 y 30106 2009, entre otros. [↑](#footnote-ref-7)
8. Cfr sentencia SU-388 de 2005. [↑](#footnote-ref-8)
9. Cfr sentencias C-184 y 964 de 2003. [↑](#footnote-ref-9)
10. Cfr sentencia C-154 de 2007. [↑](#footnote-ref-10)
11. “Con esta decisión se asegura a la vez, que los titulares del derecho realmente se lo merezcan, en razón a que es lo mejor en el *interés superior del niño*, no una medida manipulada estratégicamente en provecho del padre condenado que prefiere cumplir la pena en su residencia. Compete a los jueces penales en cada caso velar porque así sea”. Sentencia C-184 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. [↑](#footnote-ref-11)