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 / EL JUEZ DE CONOCIMIENTO TIENE COMPETENCIA PARA RESOLVER EL PUNTO EN LA SENTENCIA DE CONDENA / NO ES ASUNTO DE COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL JUEZ DE EJECUCIÓN DE PENAS NI SE ENCUENTRA SUPEDITADO A LA EJECUTORIA DEL FALLO DE PRIMER GRADO.**

… se debe decidir lo concerniente al grado de acierto de la decisión de primera instancia en la cual se condenó a la señora LMRB como autora de la conducta de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, frente al planteamiento del recurrente respecto de si la a quo debía hacer un pronunciamiento de fondo en relación con el sustituto de la prisión domiciliaria como madre cabeza de familia otorgado a la procesada en forma provisional, o si se trataba de un asunto que compete exclusivamente al juez de EPMS. (…)

Sobre este asunto, la juez de primer grado consideró, con apoyo en un precedente de la SP de la CSJ, que por favorabilidad en atención al trato prevalente que se debe dar a la libertad, excepcionalmente era competente para pronunciarse sobre esa forma de ejecución de la pena y que con base los EMP aportados por la defensa en la audiencia de IPS se podía inferir la calidad de madre cabeza de familia de una hija menor de edad a su cargo, lo cual concuerda con lo previsto en la ley 750 de 2002, razón por la cual permitió la detención en su domicilio hasta tanto se adopte la decisión de fondo por parte del juez de EPMS. (…)

Para dar respuesta al recurrente, se considera que en este caso resulta aplicable el precedente CSJ SP del 26 de junio de 2008, radicado 22453, el cual fue citado por esta Corporación en pronunciamiento del 21 de abril de 2015 acta No. 103 del día 17 del mismo mes y año, de quien funge como ponente en este caso, donde se dijo lo siguiente:

“4.5 La Sala considera que en el caso sub examen resulta aplicable lo expuesto por la recurrente en el sentido de invocar la aplicación del precedente contenido en la sentencia CSJ SP del 26 de 2008 (Acta 173), en el conocido caso de la ex parlamentaria Yidis Medina. Se debe aclarar que en esa oportunidad la Sala Penal de la CSJ consideró que era viable que antes de la ejecutoria del fallo se reconociera la prisión domiciliaria, como mecanismo sustitutivo de la internación peniteciaria, cuando se invocaba la condición de madre cabeza de familia, con base en los artículos 314 y 361 del CPP, en los eventos en que no se reunían los requisitos previstos en el artículo 38 del CP y en la ley 750 de 2002.

“4.5.1 Se debe aclarar que la misma Corporación consideró que podía asumir ese tipo de decisiones en los casos que eran de su competencia funcional en primera instancia, pero que ese criterio jurídico no se hacía extensivo a los fallos dictados en primera o segunda instancia por los jueces o los tribunales, quienes podían conceder directamente el beneficio en mención. Por lo tanto, de acuerdo a ese precedente el reconocimiento de la prisión domiciliaria dejó de ser de competencia exclusiva de los jueces de EMPS y por ende no quedó condicionado a la ejecutoria del fallo de primer grado”.

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**PEREIRA - RISARALDA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

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

Proyecto aprobado mediante acta Nro. 362 del nueve de abril de dos mil diecinueve (2019)

Pereira, doce (12) de abril de dos mil diecinueve (2019)

Hora: 9:01 a.m.

|  |  |
| --- | --- |
| Radicación | 66001 60 00 035 2018 01343 01 |
| Procesado | LMRB |
| Delitos | Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes |
| Juzgado de conocimiento | Segundo Penal del Circuito de Pereira |
| Asunto | Recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia del 29 de octubre de 2018 |

**1. ASUNTO A DECIDIR**

Se procede a decidir lo concerniente al recurso de apelación interpuesto por el defensor contra la sentencia del 29 de octubre de 2018 proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pereira (Risaralda)[[1]](#footnote-1), donde se condenó a la señora LMRB a la pena principal de 48 meses de prisión y multa por $48.437.004 pesos, como responsable de la conducta de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (artículo 376 inciso 3º del C.P.)

**2. ANTECEDENTES**

2.1 Según el escrito de acusación[[2]](#footnote-2) el supuesto fáctico es el siguiente:

*“El día 26 de abril de 2018 a las 14:25 horas, en vía pública de la Avenida del Río, frente a la nomenclatura 9-05 de Pereira Risaralda, fue capturada la señora LMRB, identificada con cédula 1.143.930.252 de Medellín Antioquia, quien se transportaba como pasajera, en el vehículo taxi de placas SXG-416, al ser objeto de requisa se le halló en su poder un paquete aforado en plástico transparente, una sustancia solida con olor y características a la cocaína.*

*El Informe de Investigador de Campo FPJ -11-, de abril 26 de 2018 suscrito por el perito de PIPH Andrés López López adscrito a la SIJIN - URI de Pereira Risaralda, refiere que sometida la sustancia a análisis de PIPH arrojó un peso neto de ciento noventa y ocho punto uno (198.1) gramos, con resultado preliminar POSITIVO PARA COCAÍNA Y SUS DERIVADOS.*

*El día 27 de abril del 2018 ante el juzgado Primero Penal Municipal con Función de Control de Garantías, luego de declarada legal la captura de la señora LMRB identificada con cédula 1.143.930.252 de Medellín Antioquia, la Fiscalía le formuló imputación, como autor a título de dolo, de la conducta punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, tipificada en el artículo 376 del código penal, modificado por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011, inciso 3 del C.P., verbo rector “Llevar Consigo” , quien NO ACEPTÓ los cargos.*

*De los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, considera la Fiscalía que se puede afirmar, con probabilidad de verdad que la señora LMRB identificada con cédula 1.143.930.252 de Medellín, llevaba consigo COCAÍNA Y SUS DERIVADOS, en cantidad superior a la establecida por la ley como dosis para uso personal, lesionando sin justa causa el bien jurídico de la Salud Pública; que el mismo es persona mayor de edad y estaba en capacidad de entender la ilicitud de su conducta y de actuar de manera distinta; por tal motivo la Fiscalía General de la Nación la acusa: como autora, a título de dolo del delito de tráfico fabricación o porte de estupefacientes, conducta prevista como punible en el artículo 376 del código penal, modificado por el artículo 11 de la ley 1453 de 2011; actualizada en el verbo rector “Llevar Consigo”, ubicable dado el tipo y peso de sustancia en el inciso 3.”*

2.2 Las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento se llevaron a cabo ante el Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Pereira el 27 de abril de 2018. En dicho acto la FGN le comunicó cargos a la señora LMRB por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes previsto en el artículo 376 inciso 3º, bajo la inflexión verbal “llevar consigo”. La señora LMRB guardó silencio.

2.3 El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pereira asumió el conocimiento de la presente causa. El 3 de agosto de 2018 se instaló la audiencia para valoración de preacuerdo que consistió en degradar el grado de participación de la procesada de autor a cómplice en la conducta descrita en el artículo 376 del C.P., (folio 19).

2.4 La audiencia de individualización de pena y sentencia de que trata el artículo 447 del C.P.P., se llevó a cabo los días 11 de septiembre y 29 de octubre de 2018 (folios 23 y 144).

2.5 La sentencia fue proferida el 29 de octubre de 2018 (folios 145 - 147). En dicho proveído la juez de primera instancia dispuso: i) proferir sentencia por preacuerdo entre la FGN y la acusada LMRB en el proceso adelantado por la conducta punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes; ii) condenar a la señora LMRB a la pena principal de prisión de 48 meses y multa de $48.437.004 pesos; iii) impuso como pena accesoria la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal; iv) negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y concedió provisionalmente la detención en su domicilio hasta tanto el juez de ejecución de penas se pronuncie de fondo respecto de tal pretensión.

**3. IDENTIFICACIÓN DE LA PROCESADA**

Se trata de LMRB, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.143.930.252 expedida en Cali, Valle, nació el 16 de noviembre de 1989 en Medellín, Antioquia, hija de María y Luis Gonzalo, ocupación estilista (fls 16 y 17).

**4. SOBRE EL FALLO RECURRIDO**

En atención al principio de limitación de la segunda instancia *“tantum devolutum quantum apellatum”,* se menciona solamente la parte específica de la sentencia que fue objeto de impugnación, que tiene que ver con la negativa respecto del sustituto de la prisión domiciliaria, así:

*“Ahora bien, en lo atinente a la solicitud del Señor defensor, que se le permita a la señora LMRB cumplir la pena en su residencia, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 750 de 2002, este Juzgado por carecer de competencia no puede resolverlo, pues el autorizado legalmente para decidir respecto de la prisión domiciliaria por cabeza de familia es el Juez de Ejecución de Penas y Medias de Seguridad, no obstante, por favorabilidad y en atención a que la libertad debe tener un trato prevalente, por lo que su restricción debe ser necesaria, proporcionada y razonable, el juez fallador puede pronunciarse sobre la viabilidad de conceder la sustitución de la detención preventiva por la del lugar de residencia cuando el penalmente responsable es padre o madre cabeza de familia. (Sentencia 47761 del 30 de agosto de 2017, M.P. Patricia Salazar Cuéllar).*

*Es cabeza de familia, el hombre o la mujer, padre o madre solteros, viudos o separados, que tengan a su cargo la crianza de hijos que no tengan capacidad para procurarse su mantenimiento, por ser menores de edad o incapacitados física o mentalmente.*

*Así lo dispone el artículo 2 de la Ley 82 de 1993 modificado por el artículo 1 de la Ley 1232 de 2008, al establecer que es cabeza de familia quien además de ejercer la jefatura femenina del hogar, tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar.*

*De acuerdo a lo precedente, se le concederá provisionalmente a la señora LMRB la sustitución de la detención en su domicilio, mientras el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad al que corresponda vigilar la pena, se pronuncia respecto de la concesión o no de la prisión domiciliaria, por tener una hija menor de edad a su cargo, según consta en el registro civil de nacimiento NUIP 1.086’634.569 e Indicativo Serial 39343186 de la Notaría del Círculo de La Virginia, ya que el padre de la menor está fallecido según consta en el Registro civil de defunción Indicativo serial 06069874 de la Notaría Única del Círculo de Caldas, Antioquia, y según las declaraciones de la señoras María De La Paz Bedoya Gómez, Olga Nancy Valencia Becerra y María Teresa Cadavid Rodríguez la señora LMRB es quien tiene la custodia y cuidado personal de la menor. Asimismo, porque de acuerdo al inciso final del artículo 32 de la Ley 1709 de 2014, lo dispuesto en esa norma no se aplicará respecto de la detención preventiva y de la sustitución de la ejecución de la pena en los eventos contemplados, entre otros, en el numeral 5 del artículo 314 del Código de Procedimiento Penal.*

*Colofón, la penalmente responsable deberá cumplir la sanción que se le impone en el centro penitenciario que le designe la Dirección del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, pero podrá estar con detención en su domicilio mientras el Juzgado al que corresponda la vigilancia de la ejecución de la pena le resuelve sobre la sustitución o no de la prisión domiciliaria.”*

**5. SOBRE EL RECURSO PROPUESTO**

* 1. **Defensa (recurrente)**

(Sinopsis)

* Adujo que se acreditó la condición de madre cabeza de familia y demás requisitos exigidos por la ley 750/02 de la señora LMRB, lo cual no fue desvirtuado por la fiscalía ni desechado por el despacho, sin embargo, la *a quo*, concedió dicho subrogado de manera provisional aduciendo carecer de competencia y remitiendo la decisión al respecto al juez de ejecución de penas.
* Desacuerda con esa postura toda vez que al tenor del artículo 40 del CPP, el juez de conocimiento es el competente para imponer las penas y con ellas su forma de ejecución máxime cuando cuenta con los elementos de convicción necesarios para este fin, ya que el juez de ejecución de penas solo asume competencia una vez la sentencia se encuentre ejecutoriada y para efectos de su cumplimiento y vigilancia en los términos que la misma dispone, así mismo, sobre solicitudes posteriores a la condena.
* Dijo que el juez de conocimiento no puede diferir la sentencia a consideraciones posteriores pues la misma debe ser completa y no parcial, otra cosa son las solicitudes de prisión domiciliaria como sustitución de la pena, tal como lo explica la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento dentro del Proceso No 25724, Magistrado Ponente Álvaro Orlando Pérez Pinzón.
* Por lo tanto, debe resolverse la solicitud de fondo tal como fuera sustentada y probada en el curso de la audiencia de que trata el artículo 447 del CPP como subrogado de prisión domiciliaria por la condición de madre cabeza de familia y no como sustitución de la ejecución de la pena amén de que la procesada no ha estado bajo ninguna medida de aseguramiento que se pretenda sustituir.
* Solicitó que se modifique el numeral cuarto de la sentencia recurrida para que en su lugar se disponga la concesión definitiva del subrogado de la prisión domiciliaria como madre cabeza de familia de la procesada.

**6. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**6.1. Competencia:**

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

* 1. **Problema jurídico a resolver:**

6.2.1 En atención a los términos del recurso propuesto se debe decidir lo concerniente al grado de acierto de la decisión de primera instancia en la cual se condenó a la señora LMRB como autora de la conducta de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, frente al planteamiento del recurrente respecto de si la *a quo* debía hacer un pronunciamiento de fondo en relación con el sustituto de la prisión domiciliaria como madre cabeza de familia otorgado a la procesada en forma provisional, o si se trataba de un asunto que compete exclusivamente al juez de EPMS.

6.3 En primer término hay que manifestar que en este caso la defensa declinó cualquier posibilidad de controvertir la responsabilidad de la señora LMRB frente al delito investigado, lo que conlleva la aceptación del supuesto fáctico de la sentencia, esto es que el 26 de abril de 2018 en un vehículo de servicio público se transportaba sustancia estupefaciente cocaína, por lo cual se presentaron cargos a la señora LMRB como responsable de la violación del artículo 376 inciso 3º del C.P., quien se mostró conforme con el preacuerdo formalizado con la delegada de la FGN.

En tal virtud y en aplicación del principio de limitación de la segunda instancia, la Sala sólo se ocupará de examinar el grado de acierto de la decisión de la juez de primer grado respecto del problema jurídico antes enunciado.

6.4 Sobre este asunto, la juez de primer grado consideró, con apoyo en un precedente de la SP de la CSJ, que por favorabilidad en atención al trato prevalente que se debe dar a la libertad, excepcionalmente era competente para pronunciarse sobre esa forma de ejecución de la pena y que con base los EMP aportados por la defensa en la audiencia de IPS se podía inferir la calidad de madre cabeza de familia de una hija menor de edad a su cargo, lo cual concuerda con lo previsto en la ley 750 de 2002, razón por la cual permitió la detención en su domicilio hasta tanto se adopte la decisión de fondo por parte del juez de EPMS.

6.5. Inicialmente hay que manifestar que en atención a la fecha de ocurrencia de los hechos, no era posible concederle a la procesada la prisión domiciliaria por la vía prevista en el artículo 38 del CP, ya que el artículo 68 A del CP modificado por la ley 1709 de 2014, excluye de este beneficio: *“los delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones.”.*

En consecuencia se entiende que la decisión de primera instancia se adoptó con base en los artículos 314-5 y 461 de la ley 906 de 2004 y con base en la documentación presentada por su defensora en la audiencia de IPS[[3]](#footnote-3).

6.5.1 Para dar respuesta al recurrente, se considera que en este caso resulta aplicable el precedente CSJ SP del 26 de junio de 2008, radicado 22453, el cual fue citado por esta Corporación en pronunciamiento del 21 de abril de 2015 acta No. 103 del día 17 del mismo mes y año, de quien funge como ponente en este caso, donde se dijo lo siguiente:

*“4.5 La Sala considera que en el caso sub examen resulta aplicable lo expuesto por la recurrente en el sentido de invocar la aplicación del precedente contenido en la sentencia CSJ SP del 26 de 2008 (Acta 173), en el conocido caso de la ex parlamentaria Yidis Medina. Se debe aclarar que en esa oportunidad la Sala Penal de la CSJ consideró que era viable que antes de la ejecutoria del fallo se reconociera la prisión domiciliaria, como mecanismo sustitutivo de la internación peniteciaria, cuando se invocaba la condición de madre cabeza de familia, con base en los artículos 314 y 361 del CPP, en los eventos en que no se reunían los requisitos previstos en el artículo 38 del CP y en la ley 750 de 2002.[[4]](#footnote-4)*

*4.5.1 Se debe aclarar que la misma Corporación consideró que podía asumir ese tipo de decisiones en los casos que eran de su competencia funcional en primera instancia, pero que ese criterio jurídico no se hacía extensivo a los fallos dictados en primera o segunda instancia por los jueces o los tribunales, quienes podían conceder directamente el beneficio en mención. Por lo tanto, de acuerdo a ese precedente el reconocimiento de la prisión domiciliaria dejó de ser de competencia exclusiva de los jueces de EMPS y por ende no quedó condicionado a la ejecutoria del fallo de primer grado.[[5]](#footnote-5)*

*4.6 A partir del citado pronunciamiento de la SP de la CSJ, se puede considerar que la juez de primer grado debió atender a la solicitud que formuló la defensora de la procesada en la audiencia de individualización de pena y sentencia, lo cual la obligaba a pronunciarse sobre la prisión domiciliaria solicitada, en vez de deferir esa decisión al juez de EPMS, una vez cobrara ejecutoria el fallo.*

*4.6.1 Sobre ese tema se pronunció la SP de la CSJ en sentencia del 16 de mayo de 2007, radicado 26716, en la cual se expuso lo siguiente al referirse al objeto de la audiencia prevista en el artículo 447 del CPP:*

*Los aspectos personales, familiares y sociales a los que se puedan referir el Fiscal y el defensor en tal audiencia, servirán de referentes para la fijación en concreto de la sanción -entendido que ya anteriormente, gracias a lo decidido en el anuncio del sentido del fallo, la verificación del allanamiento o la aprobación del acuerdo, se establecieron los criterios objetivos necesarios para determinar los límites punitivos y el específico cuarto que a este corresponde- o para determinar formas de cumplimiento de la misma o bien para la cuantificación individualizada de la pena pecuniaria, respecto de la cual se deben estimar factores concernientes a la situación económica, ingresos y cargas familiares del condenado (artículo 30 de la Ley 599 de 2000), o para la imposición de penas accesorias, y principalmente, para la eventual concesión de mecanismos sustitutivos o alternativos de la pena privativa de la libertad. (Subrayado fuera del texto original).*

*(…)*

*“En efecto, entre la acusación y la sentencia, entre ésta y los cargos aceptados, luego de aceptado el acuerdo, deviene la audiencia para la individualización de la pena en los términos del artículo 61 del código penal, de modo que ese esquema debe respetarse por el recurrente a la hora de postular los cargos.*

*“Así, cuando el artículo 447 de la ley 906 de 2004, señala que “si se aceptare el acuerdo celebrado con la fiscalía”, el juez le concederá la palabra para que se refieran a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden”, se refiere a circunstancias que le permitan al juez graduar la pena en los términos del artículo 61 del código penal y no a aquellas que modifican los extremos punitivos del tipo penal o que circunstancian el hecho tornándolo en uno diferente, en perjuicio del mismo acuerdo”[[6]](#footnote-6).*

*Ahora bien, en la providencia citada, que es justamente la que trae a colación la delegada del Ministerio Público, se parte de la base de que es posible desplegar una actividad probatoria en sede de la diligencia para la individualización de la pena y sentencia; sin embargo, se aclara seguidamente, dicha actividad debe versar única y exclusivamente en torno a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable. Ello, desde luego, para que la Fiscalía y la defensa sustenten las pretensiones que a continuación formularán, en lo que respecta a la probable determinación de la pena y la concesión de subrogados.*

*(…)*

*Una interpretación exegética de la norma no puede ser de recibo, pues, considera la Sala que si en desarrollo de la diligencia de individualización de la pena y sentencia, las partes presentan alegaciones en las que aluden a aspectos que pueden influir en la dosificación punitiva o en la concesión o denegatoria de subrogados, es apenas natural y obvio que se les facilite su acreditación.”*

6.5.2 De la misma forma, en pronunciamiento de esta Colegiatura datado 5 de marzo de 2013, radicado No. 660453189001200800109, dentro del proceso adelantado contra Jeny Johana Marín por el delito de homicidio, de quien funge como ponente dentro de la presente causa, se manifestó lo siguiente en un caso similar:

*“El artículo 461 de la ley 906 de 2004 dispone que la sustitución de la ejecución de la pena, es facultad del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, lo que presupone la ejecutoria de la sentencia, como factor de atribución de competencia. Sin embargo desde el famoso caso de Yidis Medina, concretamente en la sentencia del 21 de junio de 2008, la Sala Penal de la C.S.J. efectuó una interpretación extensiva de la figura de la prisión domiciliaria, sustentada en la necesidad de garantizar la menor restricción posible del derecho a la libertad, a efectos de que el fallador de primer grado pudiera reconocer ese beneficio.[[7]](#footnote-7)*

*6.3.4 Posteriormente en la sentencia con radicado 37209 del 23 de noviembre de 2011 de la Sala de C.P. de la C.S.J., se expuso que el análisis del ingrediente subjetivo de la prisión domiciliaria, incluye lo relativo a la gravedad de los hechos materia de imputación o acusación, en el entendido de que la conducta desplegada, como manifestación de la personalidad del procesado, tiene incidencia en el pronóstico del cumplimiento de la pena y del peligro que el agente pueda representar para la sociedad.*

*En la misma providencia se dijo que la mera consideración de la relevancia del bien jurídico tutelado no podía ser el único criterio para llegar a una conclusión sobre la concurrencia del presupuesto subjetivo del sustituto penal, sino que era necesario consultar las funciones y fines de la pena que tienen que ver con la prevención general y la retribución justa ya que el factor relativo a la gravedad del hecho, no conducía por si sólo a hacer un pronóstico negativo de peligro para la sociedad o de cumplimiento de la pena.[[8]](#footnote-8)*

*6.3.5 En la decisión con radicado 35943 del 22 de junio de 2011, la Sala de C.P. de la C.S.J. modificó su posición inicial relacionada con la derogatoria tácita de los incisos 2º y 3º del artículo 1 de la Ley 750 de 2002. En su nuevo precedente se precisó que la privación de la libertad en el domicilio del procesado por ser padre o madre cabeza de familia no podía ser un factor de impunidad, ante la posibilidad de afectar los fines propios del proceso penal o el cumplimiento de las funciones de la pena, por lo cual era necesario efectuar un ejercicio de ponderación entre esas situaciones y los derechos de los menores a la unidad familiar. Para el efecto se retomó lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-184 de 2003.[[9]](#footnote-9)*

*En la decisión antes citada, la Sala de C.P. de la C..S.J. insistió en la necesidad de efectuar esa ponderación entre los derechos de los menores y el interés de la sociedad en ciertas instituciones propias del proceso penal, como la detención preventiva o la ejecución intramural de la pena.[[10]](#footnote-10)*

*6.3.6 De acuerdo a los precedentes enunciados, es necesario hacer un juicio de ponderación entre el interés público relacionado con el lugar de ejecución de la pena, que en este caso correspondería a la internación carcelaria de la procesada para garantizar la vigencia de la norma rectora sobre cumplimiento de las funciones de prevención especial y general de la pena[[11]](#footnote-11), y la posibilidad de restablecer la unidad familiar con la presencia de la señora Marín en su hogar, lo que redundaría en beneficio de los hijos menores de edad, decisión que se encuentra condicionada al cumplimiento de los requisitos exigidos para acreditar su condición de madre cabeza de familia.”*

6.5.3 A su vez, sobre el tema de la concesión de la prisión domiciliaria en el fallo de primera instancia se debe tener en cuenta que en un pronunciamiento más reciente de la SP de la CSJ, radicado No. 45905 del 3 de febrero de 2016, se expuso lo siguiente:

*“Sin embargo, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, el mencionado precepto, aplicable por razón de lo dispuesto en el artículo 461 de la Ley 906 de 2004, como un mecanismo sustitutivo de la pena de prisión, solo puede ser reconocido, una vez ejecutoriada la respectiva sentencia, por el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, puesto que: “… en el sistema de enjuiciamiento penal con tendencia acusatoria no cabe pronunciamiento alguno de los jueces de instancia sobre la sustitución de la prisión intramural por la domiciliaria por cuanto, a voces del artículo 461 de la Ley 906 de 2004, esta es una competencia reservada al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad. Únicamente, en la hipótesis de encontrar satisfechos los presupuestos normativos que regulan el instituto de la detención domiciliaria, al momento de proferir sentencia, habría lugar a conceder la sustitución de la medida, no así, la prisión domiciliaria”.*

*Así las cosas, emerge claro que, de una parte, no procede el reconocimiento de la prisión domiciliaria regulada en el artículo 38 del Código Penal por ausencia del requisito objetivo y, de otro lado, el Tribunal no era competente para pronunciarse en la sentencia sobre la sustitución de la prisión intramural por la domiciliaria, de conformidad con el artículo 461 de la Ley 906 de 2004; por tanto, se revocará el numeral segundo de la parte resolutiva del fallo impugnado».”*

6.5.4 En el anterior pronunciamiento la CSP al referirse a la jurisprudencia de su Sala de Casación, concretamente cita un aparte del radicado 38262 correspondiente al AP del 30 de julio de 2014, mismo que sirvió de respaldo en pronunciamiento del 30 de agosto de 2017 radicación 47761 en el cual sustentó la *a quo* su determinación, en el que se dijo:

*“Ciertamente el artículo 461[[12]](#footnote-12) de la última de las codificaciones mencionadas atribuyó al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad la competencia para sustituir –a favor del condenado- la ejecución de la pena cuando se configure alguno de los supuestos de hecho previstos en el artículo 314 –para disponer la sustitución de la detención en beneficio del imputado-, entre los que se cuenta la enfermedad grave -misma circunstancia señalada en el artículo 68 del Código Penal de 2000-.*

*Adicionalmente, la dinámica del proceso también impone que sobre la sustitución de la prisión intramural por domiciliaria u hospitalaria -motivada en enfermedad grave- se pronuncie el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, no el de conocimiento, porque, en estricto sentido, la ejecución de la sentencia sólo tiene lugar una vez esta cobra firmeza, momento a partir del cual surge oportuno decidir si es o no viable acceder a la mencionada sustitución, con base en valoración médico legal actual o actualizada sobre el estado de salud del condenado. Correlativamente, la decisión que eventualmente podría adoptar el juez de la causa en la sentencia es la de sustituir la detención, que para ese momento se funda en el sentido del fallo condenatorio en orden a garantizar el cumplimiento de la condena.*

*La anterior postura, que en efecto corresponde a la acogida por el Tribunal, encuentra respaldo en lo indicado por la Sala de Casación Penal en varios pronunciamientos (SP del 12 de septiembre de 2012, AP del 11 de diciembre de 2013, Rad. 41300 y AP de 30 de julio de 2014, Rad. 38262).*

*En la tercera de las mencionadas providencias la Corte señaló:*

*(…) de acuerdo con criterio uniforme de la Corporación, en el sistema de enjuiciamiento penal con tendencia acusatoria no cabe pronunciamiento alguno de los jueces de instancia sobre la sustitución de la prisión intramural por la domiciliaria por cuanto, a voces del artículo 461 de la Ley 906 de 2004, esta es una competencia reservada al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad. Únicamente, en la hipótesis de encontrar satisfechos los presupuestos normativos que regulan el instituto de la detención domiciliaria, al momento de proferir sentencia, habría lugar a conceder la sustitución de la medida, no así, la prisión domiciliaria.*

*Sobre el particular, la Sala recientemente reiteró su postura en el siguiente sentido:*

*“Finalmente cuestiona el demandante que a su prohijado no se le haya reconocido, con violación de los artículos 461 y siguientes de la Ley 906 de 2004 y de principios como el debido proceso, igualdad, dignidad y favorabilidad, el sustitutivo de prisión domiciliaria, más un tal reparo deviene igualmente infundado, no sólo porque el asunto no se ventiló en las instancias, en éstas se trató fue la prisión domiciliaria del artículo 38 del Código Penal, sino porque además la competencia para pronunciarse en relación con aquella norma en concordancia con el artículo 314 de la Ley 906 concierne al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, lo cual supone obviamente un fallo debidamente ejecutoriado.”*

Lo anterior permite concluir que la decisión de la *a quo,* en el entendido de no ser competente para emitir un pronunciamiento de fondo respecto de la solicitud de prisión domiciliaria en favor de la señora LMRB, se fundamentó en la misma línea de pensamiento jurídico del precedente antes citado radicado 45905 de 2016, en tanto tal determinación es un asunto de competencia exclusiva del juez encargado de ejecutar la pena impuesta a la condenada, situación que solo se podrá materializar en el momento en que la sentencia cobre ejecutoria.

No obstante, la falladora de primer nivel tomó una decisión la cual soportó en el principio de favorabilidad y el trato prevalente que se debe dar a la libertad personal, para lo cual concedió provisionalmente la sustitución de detención en domicilio deprecada por el defensor de la procesada.

6.5.5 Sin embargo, en este caso la procesada se encuentra amparada por la garantía de *“no reformatio in pejus”*, establecida en el inciso 2º del artículo 31 de la Constitución de 1991, según el cual: *“El superior no podrá agravar la pena cuando el condenado sea apelante único”*, como sucede en el presente caso, toda vez que el motivo del disenso únicamente se centró en solicitar que el pronunciamiento de carácter transitorio respecto del sustituto de la prisión domiciliaria fuere de fondo o definitivo, de modo que tomar cualquier determinación en contra de lo ya concedido, es decir de la sustitución transitoria hasta tanto exista pronunciamiento del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, conllevaría a hacer más gravosa la situación de la apelante lo que vulneraría el derecho constitucional y fundamental al que se hizo referencia.

En relación con la disyuntiva entre el los principios constitucionales de legalidad y la no agravación de la situación del apelante único esta Colegiatura se pronunció en providencia del 1º de junio de 2018, radicado 660016000035201502871, M.P. Jorge Arturo Castaño Duque, en la cual se definió:

*“Sobre el punto hay lugar a recordar que de tiempo atrás ha sido amplia la polémica que a nivel jurisprudencial se ha dado entre dos principios de raigambre constitucional: legalidad vs. reforma peyorativa, y se observa que hoy por hoy se da mayor relevancia a ésta última por sobre la primera. A ese respecto la Corte Constitucional ha conservado una línea jurisprudencial uniforme en cuanto a dar primacía a la prohibición de reforma en perjuicio del apelante único por sobre la legalidad. De igual modo, la Sala Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, desde otrora, ha estado a favor de la no refomatio in pejus al sostener que este principio va indefectiblemente ligado a los límites que tiene el juez de segundo grado para decidir[[13]](#footnote-13), de manera que, cuando una parte interesada recurre, solo puede esperar a cambio, si no algo a su favor, por lo menos no en contra de sus pretensiones.*

*En una más reciente providencia, la Sala Penal privilegió tal prohibición frente al principio de legalidad, al considerar que era claro que una decisión en esa dirección por parte del superior no hacía más que reconocer que por intermedio de quien lo representa -que no es otro distinto al juez inferior- el Estado había cometido un error, siendo palmario, igualmente, que en un evento tal la carga de la corrección comportaba un ingrediente peyorativo que vendría a recaer con exclusividad en hombros del condenado como único recurrente, quien jamás aspiró a la hora de impugnar hallarse ante una respuesta o una situación más grave que la resuelta en primera instancia[[14]](#footnote-14)”*

6.5.6 En consecuencia, esta Sala de Decisión concluye que no queda otro camino sino confirmar la decisión de la *a quo* en lo que fue objeto de recurso. En tal sentido, y atendiendo en forma preferente el principio de limitación de la segunda instancia, y de manera subsidiaria las razones antes expuestas, se confirmará la decisión del juez de primer grado.

Con base en lo expuesto en precedencia, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pereira, en contra de LMRB, por la conducta punible de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en lo que fue objeto de impugnación.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

1. Folios 145 - 147. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folio 3. [↑](#footnote-ref-2)
3. Ver folios 32 a 140. [↑](#footnote-ref-3)
4. “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.

   Así, respecto de YIDIS MEDINA es posible pregonar su condición de madre cabeza de familia de dos hijos, MAINER STEVEN SALCEDO y YIDIS DANIELA DURÁN, de 14 y 8 años en su orden, dado que los respectivos papás no conviven con aquéllos, así como comprobado está que los dos menores estaban bajo el cuidado de la procesada inclusive hasta el día en que fue privada de libertad.

   Con ese marco, se ofrecen satisfechas las condiciones legales para acceder al comentado beneficio. Sin embargo, una consideración adicional resulta pertinente a juicio de la Sala, si en cuenta se tiene que -conforme lo reseñado- en la nueva legislación, aplicable por favorabilidad, la sustitución de la pena de prisión por domiciliaria -a voces del artículo 461- procede en la fase de ejecución de la sanción y por cuenta del juez de ejecución de penas, lo cual implica que se parte del presupuesto de la ejecutoria de la sentencia, condición ésta que respecto de la de MEDINA PADILLA sólo la adquiere con la firma de los Magistrados de la Sala.” [↑](#footnote-ref-4)
5. “(…) No empece lo anterior, cree la Corporación que por encima de la comentada fase y aún de la competencia del juez de penas para proceder a la sustitución, la libertad personal ha de tener un trato prevalente, motivo por el cual su limitación o restricción ha de concretarse a lo necesario, proporcional y razonable, generándose sobre esa base, en cuanto al principio de afirmación de la libertad (art. 295 L906/04), una interpretación restrictiva de las normas que regulan los institutos que atañen a tal garantía.

   Cuando se propone -como en efecto se está haciendo- que en la sentencia definitiva se puede (con la restricción funcional a que se hará mención más adelante) aplicar por el fallador la sustitución de la prisión en los casos señalados en el artículo 461 ya mencionado (aunque descartada la causal primera del artículo 314, según reiterada jurisprudencia), no se está haciendo cosa distinta a destacar, por encima de las formas, la prevalencia del derecho a la libertad, así sea -como en este evento- para garantizar que su limitación sea la menor posible y que a su vez el beneficiario del instituto jurídico, como es el menor de edad, pueda recibir el benéfico influjo directo e inmediato de la aplicación del subrogado.

   Ahora bien, ese avance en el reconocimiento de la sustitución de la prisión por su homóloga la domiciliaria debe quedar restringido a los fallos que de manera definitiva profiera la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mas no a los emitidos por la primera o la segunda instancia, dado que cuando estos jueces o tribunales emitan sentencia condenatoria y en ese momento constaten cumplida la totalidad de requisitos de las causales regladas por el artículo 314, lo procedente será la aplicación directa de la causal de sustitución de la medida de aseguramiento, proceder ante el que nunca estará la Corte, si en cuenta se tiene que al emitir esta Corporación una sentencia condenatoria lo será con el carácter de definitiva, bien que sea en única, en segunda instancia o en casación…” [↑](#footnote-ref-5)
6. Auto del 10 de mayo de 2006, Rad. 25389. [↑](#footnote-ref-6)
7. “…Ahora bien, ese avance en el reconocimiento de la sustitución de la prisión por su homóloga la domiciliaria debe quedar restringido a los fallos que de manera definitiva profiera la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mas no a los emitidos por la primera o la segunda instancia, dado que cuando estos jueces o tribunales emitan sentencia condenatoria y en ese momento constaten cumplida la totalidad de requisitos de las causales regladas por el artículo 314, lo procedente será la aplicación directa de la causal de sustitución de la medida de aseguramiento, proceder ante el que nunca estará la Corte, si en cuenta se tiene que al emitir esta Corporación una sentencia condenatoria lo será con el carácter de definitiva, bien que sea en única, en segunda instancia o en casación” . [↑](#footnote-ref-7)
8. Sobre el tema ver C.S.J. Sala de C.P. Radicado 37209 23 noviembre de 2011. [↑](#footnote-ref-8)
9. ”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 ésta 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”. [↑](#footnote-ref-9)
10. “…Es decir, el debido respeto al interés superior del menor no implica un reconocimiento mecánico, irrazonable o autoritario de sus derechos. Y dejar como único requisito de la detención o prisión domiciliaria para los padres o madres cabeza de familia la constatación de la simple condición de tal convierte en absoluto el derecho del menor a no estar separado de su familia, y además lo hace en detrimento de unos institutos (la detención preventiva en centro de reclusión y la ejecución de la pena en establecimiento carcelario) que no sólo atienden a principios y valores constitucionales (como la paz, la responsabilidad de los particulares y el acceso a la administración de justicia de todos los asociados), sino que deben ser determinados por las circunstancias personales del agente, motivo por el cual tienen que ser ponderadas en todos los casos. (…)

    Lo anterior significa que no está prohibida la confrontación, en cada caso, de las circunstancias constitutivas del interés superior del menor con las condiciones personales en el imputado o autor del injusto que justifiquen la procedencia de la detención preventiva o de la ejecución de la pena privativa de la libertad, en la medida en que estas últimas manifiestan valores constitucionales opuestos que, por el solo hecho de contar con un peso abstracto menor, no pueden ser excluidos de la sindéresis judicial. (…)

    2.3.2. En cuanto al reconocimiento de la prisión domiciliaria para el padre o madre cabeza de familia, los requisitos de orden objetivo y subjetivo consagrados en el artículo 1 de la Ley 750 de 2002 no pueden entenderse derogados por los artículos 314 numeral 5 y 461 de la Ley 906 de 2004, en la medida en que estas normas obedecen a un carácter menos restrictivo del derecho a la libertad que desde el punto de vista de la Constitución Política se justifica por el hecho de no haber sido desvirtuada la presunción de inocencia.

    2.3.3. En consecuencia, ya sea por mandato constitucional o específico precepto legal, en ningún caso será posible desligar del análisis para la procedencia de la detención en el lugar de residencia o de la prisión domiciliaria para el padre o madre cabeza de familia, aquellas condiciones personales del procesado que permitan la ponderación de los fines de la medida de aseguramiento, o de la ejecución de la pena, con las circunstancias del menor de edad que demuestren la relevancia de proteger su derecho, a pesar del mayor énfasis o peso abstracto del interés superior que le asiste….” [↑](#footnote-ref-10)
11. C.P. Artículo 4º. [↑](#footnote-ref-11)
12. Artículo 461. Sustitución de la ejecución de la pena. El juez de ejecución de penas y medidas de seguridad podrá ordenar al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario la sustitución de la ejecución de la pena, previa caución, en los mismos casos de la sustitución de la detención preventiva. [↑](#footnote-ref-12)
13. CSJ SP, 11 dic. 2003, Rad. 18585. Ver salvamentos de voto. [↑](#footnote-ref-13)
14. CSJ SP, 18 may. 2015, Rad. 22323 [↑](#footnote-ref-14)