El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**TEMAS: TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES / PRISIÓN DOMICILIARIA / MODALIDADES / CONDICIÓN DE MADRE O PADRE CABEZA DE FAMILIA / REQUISITOS GENERALES Y ESPECÍFICOS.**

… los reproches que el recurrente ha formulado en contra del fallo confutado, están relacionados con expresar su inconformidad con el no reconocimiento en favor del procesado… de la pena sustitutiva de la prisión domiciliaria en ocasión a su condición de padre cabeza de familia…

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

Entre dichas modalidades se encuentran las siguientes:

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

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

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

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

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

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**SENTENCIA DE 2ª INSTANCIA**

Pereira, quince (15) febrero de del dos mil veintidós (2.022).

Aprobado por acta No. 105

Hora: 1:50 p.m.

procesado: ROO

Radicado: 66170 60 00 000 2021 00011 01

Delitos: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

Procede: Juzgado Segundo Penal del Circuito de Dosquebradas

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

Tema: Requisitos para la prisión domiciliaria

Decisión: Se confirma el fallo opugnado

**ASUNTO A DECIDIR:**

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de la sentencia proferida en las calendas del 9 de abril de 2.021 por el Juzgado 2° Penal del Circuito de Dosquebradas, dentro del proceso que le siguió en contra del procesado ROO por incurrir en la comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

**ANTECEDENTES:**

Según se contrae del contenido del escrito de acusación, se tiene que el 6 de mayo de 2.020, en el sector de Bosque de la Acuarela del municipio de Dosquebradas, a las 16:51 horas, en la carrera 20 del barrio Libertadores de Dosquebradas, en donde miembros de la Policía Nacional realizaban labores de patrullaje. Ahí fueron abordados por un ciudadano, quien les informó que en el parqueadero “Carmelo” situado en la Variante Romelia – Pollo, había un rodante de placas TCY602, color blanco y con carpa negra, el cual tenía un cargamento de papas en el que se camuflaban varios paquetes que contenían marihuana, la cual era trasportada desde Popayán y tenía como destino final el municipio de Chinchiná.

Los uniformados procedieron a trasladarse hacia ese aparcadero con el objetivo de corroborar la información suministrada, y efectivamente verificaron la presencia del automotor el cual estaba siendo sometido a una revisión por parte de un mecánico, quien informó que el propietario y/o conductor del camión era el señor ROO, y este a su vez aclaró que el propietario era el señor GAFM, por lo que los gendarmes procedieron a explicarles a estos dos sujetos sobre el procedimiento de registro que se iba a practicar, en el que se pudo evidenciar un bulto de papas que contenía una bolsa negra sellada de manera hermética, y esta a su vez tenía depositados varios bloques sellados con plástico y cinta que portaban una sustancia verde vegetal características similares a las de la marihuana, por lo que se procedió a efectuar la captura de esos dos ciudadanos.

Atendiendo la información plasmada en el libelo acusatorio, se tiene que luego de que se realizó el conteo del material incautado, se obtuvo el siguiente resultado: “*No. 1: 1131 empaque de forma rectangular en cuyo interior contiene sustancia vegetal con características de marihuana… No. 2: 198 empaques de forma rectangular con envoltura color café con sustancia similar a la marihuana*”, el cual fue sometido a prueba preliminar de P.I.P.H., arrojando como resultado un peso neto de 753.500 gramos de marihuana y sus derivados.

**SINOPSIS DE LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. Las audiencias preliminares se celebraron el 7 de mayo de 2.020 ante el Juzgado Primero Penal Municipal, con Funciones de Control de Garantías, de Dosquebradas, acto en el cual se declaró legal la captura de los señores ROO y GAFM, a quienes se les comunicó cargos como coautores del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, previsto en el inciso 1° del artículo 376 del CP, verbo rector “transportar”, los cuales no aceptaron. Finalmente, la F.G.N. resolvió la situación jurídica a los procesados imponiéndoles medida de aseguramiento consistente en detención domiciliaria.
2. Presentado oportunamente el escrito de acusación, el conocimiento del proceso le fue asignado por reparto al Juzgado 2º Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Dosquebradas, el cual luego de varios aplazamientos pudo llevar a cabo la audiencia de formulación de acusación el 14 de octubre de 2.020, en la que la delegada de la Fiscalía General de la Nación reiteró los cargos aludidos en contra de los investigados.
3. La audiencia preparatoria se instaló el 17 de enero de 2.021 y la Fiscal del caso puso en consideración del *A quo* un preacuerdo suscrito con el procesado ROO, en virtud del cual este aceptaba su responsabilidad penal a cambio de que se degradara su grado de participación de autor a cómplice, de conformidad con lo señalado en el artículo 30 inciso 2° del C.P.
4. El 10 de marzo de 2.021 el despacho de primer nivel le dio aprobación a dicha negociación, luego de lo cual emitió el sentido del fallo de carácter condenatorio y procedió a darle trámite a las disposiciones del artículo 447 del C.P.P.
5. En las calendas del 9 de abril de 2.021 se procedió a proferir la correspondiente sentencia condenatoria, en contra de la cual se alzó de manera oportuna el abogado defensor.

**EL FALLO CONFUTADO:**

Como se sabe, se trata de la sentencia proferida el 9 de abril de 2.021 por parte del Juzgado 2° Penal del Circuito Dosquebradas mediante la cual se declaró la responsabilidad penal del procesado ROO por incurrir en la comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

Como consecuencia de la declaratoria del compromiso penal del acusado ROO, el susodicho fue condenado a purgar una pena de 74 meses de prisión y el pago de multa de 667 s.m.l.m.v., igualmente, por no cumplirse con los requisitos de ley, no se le reconoció el disfrute de subrogados ni de substitutos penales.

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

De igual manera, en dicha decisión no se le subrogó por prisión domiciliaria la ejecución de la pena de prisión impuesta al procesado, por cuanto no se cumplían con los requisitos necesarios para que pudiera detentar la condición de padre cabeza de familia respecto de un hijo menor de edad, pues pese a que la defensa allegó algunos E.M.P. los mismos eran insuficientes determinar la inexistencia de un miembro de la red familiar del menor que no pudiera asumir su cargo, fuera de que de conformidad con la crítica realizada por el delegado fiscal, dirigida a determinar que efectivamente debía existir alguna persona que hiciera el acompañamiento el hijo del acusado, de tal manera que este podía realizar los diferentes viajes para ejercer su labor como conductor, tal y como acaeció el día en que fue aprehendido en situación de flagrancia ejecutando la conducta por la cual fue condenado.

Finalmente se indicó que como quiera que no se encuentra sumariamente demostrado que el niño C.A.O.B. dependa de manera efectiva, económica, social, y en forma permanente del señor ROO, y que no existan otras personas llamadas a asumir dicha obligación, aunado al hecho de que no existe una justificación a la ausencia de la madre de ese menor y los motivos temporales o permanentes de la falta de esta, no resultaba procedente conceder dicho beneficio.

**LA APELACIÓN:**

La inconformidad expresada por la recurrente en la alzada estaba relacionada con la no concesión por parte del Juzgado de primer nivel del sustituto de la prisión domiciliaria, beneficio al cual adujo el apelante que el procesado ROO tenía derecho por reunir los requisitos para ser catalogado como padre cabeza de familia, en consideración a los elementos de prueba que había aportado en la audiencia del artículo 447 del C.P.P. a través de los cuales acreditó la condición de padre de familia del encartado de la siguiente manera:

I) De conformidad con el Registro Civil de Nacimiento aportado, se podía establecer que el menor C.A.O.B. es hijo del señor ROO y de la señora CLARIBEL BERNAL GALVIS.

II) Existe un contrato de arrendamiento suscrito entre los señores JAIME DUARTE MORENO y ROO, en calidad de arrendador y arrendatario, respectivamente.

III) La institución educativa Instituto Integrado FRANCISCO SERRANO MUÑOZ del municipio de Girón, expidió una certificación fechada el 19 de febrero de 2.021, la que se indica que C.A.O.B. se encuentra matriculado para cursar el grado transición durante el año electivo 2.021.

IV) Fue aportado el informe psicológico suscrito por la profesional en dicha área doctora KAREN DANIELA ROMÁN MANTILLA, mediante se lograr inferir que el representante del menor es el señor ROO.

V) Así mismo hizo entrega de las declaraciones extraproceso de los señores JAIME DUARTE MORENO y MARÍA DEL CARMEN ANGARITA VERGARA del 23 y 26 de febrero de 2.021.

VI) También fue suministrado el certificado expedido por la Junta de Acción Comunal del barrio Bellavista Girón del 24 de febrero de 2.021, en la que se indica que el encausado reside en ese sector, específicamente en la carrera 30A #46-15 de Girón.

VII) Igualmente en el expediente obra el álbum fotográfico del lugar de residencia del procesado y las labores que este ejecuta y que giran en torno a su establecimiento de comercio “Papas y Empanadas Rufi”, en el que prepara y vende este tipo de comestibles.

Para el *A quo* no se encuentra claro el abandono por parte de la progenitora del menor C.A.O.B. ya que no se hizo mención alguna a las circunstancias que rodean dicha situación, y porque no se indagó frente a la familia extensa del hijo del acusado, pues solo se fundamentó en lo referido por la psicóloga KAREN ROMÁN MANTILLA y MARÍA DEL CARMEN ANGARITA VERGARA, sin hacer un estudio completo y en conjunto con los demás E.M.P.

En el informe rendido por la doctora ROMÁN MANTILLA, no solo se plasmó que esa profesional no tenía conocimiento de otros miembros de la red familiar que puedan hacerse cargo de C.A.O.B. sino también que el menor tienen una relación cercana a su progenitor quien se encarga la mayor parte de su tiempo en preparar los alimentos de ese núcleo familiar y en realizar el acompañamiento que requiere su consanguíneo en las actividades escolares, conceptuando que dicha relación era necesaria para la continuidad de las tareas básicas y para el fortalecimiento del área socio afectiva del niño, aunado a que el entorno familiar aparentemente era adecuado y generaba bienestar al menor.

Sobre las manifestaciones efectuadas por la señora MARÍA DEL CARMEN ANGARITA VERGADA, se desprende que el acusado reside con el C.A.O.B. quien cuenta con 5 años de edad, en la carrera 30A Nro. 46-15 del barrio Bellavista del municipio de Girón (Santander), y que es precisamente el señor ROO quien se encuentra a cargo de su hijo C.A.O.B. y está al pendiente de los deberes del colegio, de su salud y de sus necesidades económicas, advirtiendo que no conocía de otras personas que pudieran asumir la responsabilidad del menor.

Lo anterior claramente demuestra que el señor ROO reside únicamente con su hijo C.A.O.B. en la dirección anotada y que es el acusado quien se encuentra a cargo exclusivo de su pariente, y que no existen otras personas que pueda hacerse responsables del niño en ausencia de su padre, lo cual se encuentra corroborado a través de la declaración extraproceso rendida por el señor JAIME DUARTE MORENO y la certificación expedida por el centro educativo en el que estaba matriculado el infante.

Pero, además de todo lo señalado, también existen unas fotografías por medio de las cuales se puede determinar que en el inmueble aludido reside el señor ROO en compañía de C.A.O.B. las actividades comerciales que el investigado ejecuta para solventar los gastos del hogar y los momentos en los que garantiza la conexión de su hijo a sus clases virtuales.

Se debe tener en cuenta que lo manifestado por la doctora KAREN DANIELA ROMÁN MANTILLA en su informe, tiene como referente lo expresado en una entrevista realizada, de la cual se desprende que el menor C.A.O.B. no cuenta con familia extensa que asuma su cuidado.

Los dichos de la señora MARÍA DEL CARMEN ANGARITA VERGARA llevan a establecer que esa ciudadana, durante el tiempo que el señor ROO ha residido en el inmueble al que se hizo referencia, no ha visto otras personas que conformen su familia y que puedan asumir la responsabilidad del cuidado del menor, y que si bien pueden existir, nunca las ha visto porque no visitan el sitio de residencia del acusado, situación que se encuentra corroborada con los dichos del señor JAIME DUARTE, quien es el propietario del inmueble donde viven el encartado y su hijo, quien al respecto aseguró que ese predio solo viven estos dos.

Expuso la importancia de la concesión del beneficio pretendido frente a los derechos de los menores de edad pues son estos los beneficiados con ese tipo de medidas.

En el caso concreto no se debe denegar la prisión domiciliaria al procesado con el argumento de que no se establecieron los motivos por los cuales la progenitora del menor C.A.O.B. decidió abandonar el hogar y las circunstancias que rodearon ese hecho, ni la posibilidad en abstracto de que existe una red de apoyo para garantizar el cuidado del infante.

Se debe tener en cuenta que el señor ROO no cuenta con antecedentes penales y durante el lapso en el que ha estado privado de la libertad en su lugar de residencia, no tiene reportes negativos sobre su comportamiento, fuera de que continúa cumpliendo su rol de padre, labora desde su vivienda y ayuda a su hijo en los quehaceres académicos, brindándole el afecto, la atención y el cuidado que requiere a su corta edad.

Consideró que, bajo esas condiciones, modificar el lugar donde el procesado debe continuar descontando la sanción que le fue impuesta por parte del *A quo*, vulneraría de manera flagrante las garantías fundamentales del menor, lo que adicionalmente generaría un impacto psicológico en él.

Indicó que es procedente el otorgamiento del beneficio en comento, máxime si se tiene en cuenta que el señor ROO no fue capturado delinquiendo desde su morada, sino en calidad de conducto de un vehículo en el que se encontró la sustancia ilícita incautada, siendo esta la primera vez en la que incurre en una conducta reprochada penalmente.

Como a su modo de ver el señor ROO cumple con los requisitos señalados en la Ley 750 de 2.002, ya que el delito que se le atribuye no se encuentra excluido del tipo de beneficio pretendido, solicito que se revocara el fallo confutado y se le concediera la prisión domiciliaria al acusado.

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**- Competencia:**

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

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

**- Problema Jurídico:**

Acorde con el contenido de las tesis de la discrepancia propuesta por el recurrente en la alzada, de la misma, como problema jurídico, se desprende el siguiente:

¿Se cumplían con los requisitos necesarios para que la pena de prisión intramural impuesta a al procesado ROO, como consecuencia de la declaratoria del compromiso penal endilgado en su contra, pudiera ser substituida por prisión domiciliaria?

**- Solución:**

Teniendo en cuenta que los reproches que el recurrente ha formulado en contra del fallo confutado, están relacionados con expresar su inconformidad con el no reconocimiento en favor del procesado ROO de la pena sustitutiva de la prisión domiciliaria en ocasión a su condición de padre cabeza de familia, considera la Sala pertinente hacer un somero y breve estudio sobre las características del susodicho subrogado punitivo, para luego determinar si en efecto el Juzgado *A quo* estuvo o no atinado en la decisión opugnada.

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

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

Entre dichas modalidades se encuentran las siguientes:

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

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

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

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

(:::)

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

La condición de cabeza de familia tiene fundamento en el mandato constitucional del artículo 43 según el cual “el Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia”, así, por medio de la Ley 82 de 1.993 se expidieron normas para apoyar de manera especial a la Mujer Cabeza de Familia y en el artículo 2º consagró como aquella, la que *“siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar...”,* postulados que deben entenderse extensibles a los padres que se encuentren en la misma situación, en aras de proteger la prevalencia de los derechos de los niños y el grupo familiar al que pertenecen.

Pese a lo anterior la Corte Constitucional en sentencia SU-388 de 2005 advirtió que, no toda persona puede ser considerada como padre cabeza de familia por el sólo hecho de que esté a su cargo la dirección del hogar, y que para tener dicha condición es presupuesto indispensable: i) tener a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; ii) que aquella responsabilidad sea de carácter permanente; iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o, como es obvio, la muerte; v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar.

En el presente asunto, se pretende por parte del apelante el reconocimiento de la condición de padre cabeza de familia del procesado ROO para que se le conceda la sustitución de la prisión en establecimiento carcelario en el lugar de su residencia, basada en el argumento consistente en que el procesado satisface a cabalidad los requisitos exigidos en la norma, porque los mismos se desprenden de los E.M.P. allegados, los que deben ser valorados en su integridad y de manera conjunta, de los cuales se tiene que efectivamente el menor C.A.O.B. no cuenta con una familia extensa que asuma su manutención y cuidado, por lo que enviar a su progenitor a purgar la pena que le fue impuesta por el *A quo* a un establecimiento penitenciario, vulneraria flagrantemente sus derechos y garantías constitucionales.

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

Para poder llegar a la anterior conclusión, la Sala no discute que ROO sea el padre del menor C.A.O.B. sin embargo, debe reiterarse que conforme ha sido expuesto en precedencia, la normativa que pretende aplicarse consagra dicho derecho para aquella persona que ostenta la condición de ser la única persona en el mundo que pueda encargarse de la protección, manutención y cuidado de quien padezca una incapacidad o una discapacidad o que sea un consanguíneo que detente la condición de menor de edad; lo cual no resultó probado en este caso, pues no se allegó prueba alguna que de manera inequívoca permita inferir que el aquí encartado sea la única persona en el mundo que pueda asumir la guarda, el cuidado y la manutención de ese menor o que definitivamente no existan otros integrantes de la familia que se encuentren en condiciones de velar por los derechos de los mismos, por el contrario, lo único con lo que se cuenta es con un informe psicológico rendido por la doctora KAREN DANIELA ROMÁN MANTILLA, a través del cual pone en contexto la situación del menor conforme a los dichos de este y de su progenitor, sin que la experta tenga la manera de dar fe absoluta de que las manifestaciones hechas por ambos correspondan a la realidad absoluta, máxime si se tiene en cuenta que dicho documento fue proferido con posterioridad a los hechos materia de investigación, y con el mismo se pretende acreditar una dinámica familiar entre padre e hijo, pero que no es contundente para determina si efectivamente existen o no otras personas que puedan hacerse cargo del niño ante la ausencia de su padre.

A lo anterior se debe agregar en el informe en comento el señor ROO refirió que su vecina señora MARÍA DEL CARMEN ANGARITA VERGARA le presta una ayuda esporádica en la preparación de sus alimentos. Sin embargo, esos dichos no concuerdan con lo referido por la señora ANGARITA VERGARA en la declaración extraproceso rendida el 26 de febrero de 2.021 ante la Notaría Única de Girón, quien aseguró que semanalmente le colabora al procesado en la realización del aseo en su lugar de residencia, pero además aseveró que pese a que distingue al encartado hace dos años, no conoce a otras personas que se puedan hacer cargo del menor C.A.O.B.

Igualmente se cuenta con la declaración extraproceso rendida por el señor JAIME DUARTE MORENO el 23 de febrero del año anterior, de la cual solo se desprende que celebró un contrato de arrendamiento con el procesado el 18 de octubre de 2.019, respecto al inmueble en el que este reside con su menor hijo.

Para esta Sala los elementos de prueba allegados por la defensa no tenían la vocación de acreditar la condición de padre de familia del señor ROO, la cual no se concretó debido los vacíos e inconsistencias que figuran en los mismos, pues como ya se advirtió, el informe rendido por la profesional en psicología no edifica una verdad absoluta respecto a las condiciones reales en las que vive el procesado y el menor C.A.O.B. puesto que para determinar esta circunstancia en particular, se hace necesario contar con un informe socioeconómico en donde una trabajadora social, bien sea de una Comisaría de Familia, del ICBF u otra institución similar, establezca que en definitiva se hace necesaria la presencia del señor ROO al lado de su hijo, porque no existe nadie más en el mundo que pueda hacerse cargo de su manutención y cuidado.

Sumado a lo anterior, las declaraciones extraproceso allegadas, tampoco soportan las argumentaciones del recurrente, ya que, de conformidad con lo narrado por MARÍA DEL CARMEN ANGARITA VERGARA y JAIME DUARTE MORENO, y a los roles que estos ciudadanos tienen en el entorno y en la vida del señor ROO y del menor C.A.O.B. la Sala fácilmente puede concluir que la presencia de ellos en el hogar del acusado es esporádica y que tiene unos fines precisos y concretos, pues la primera de los mencionados se limita a realizar el aseo o a preparar los alimentos de ese grupo familiar ocasionalmente, y el segundo, a cobrar el canon de arrendamiento de la vivienda que dio en alquiler al investigado, lo que sin duda alguna permite avizorar que estas personas no conocen con exactitud sobre su vida e intimidad familiar al punto de asegurar que no existe ni un solo familiar que pueda hacerse cargo del niño en aras de salvaguardar sus derechos fundamentales.

Aunado a todo lo anterior, se debe tener en cuenta que de conformidad con las circunstancias de tiempo, modo y lugar en la que acaecieron los sucesos objeto de investigación y al material probatorio allegado, existe una inconsistencia de gran entidad frente a los planteamientos realizados por el censor, puesto que no existe justificación alguna para que en atención al supuesto rol de “padre y madre” que el señor ROO funge, se hubiera ausentado no solo de su lugar de residencia, sino del municipio de Girón y de los lugares aledaños a este, trasladándose a un lugar lejano como lo es el Eje Cafetero, con el fin de participar en la comisión del delito objeto del presente trámite, sin importarle la suerte que correría su consanguíneo.

Ese hecho en particular permite arribar a la conclusión que el ROO tuvo que haber delegado el cuidado y protección del menor C.A.O.B. bien fuera a un familiar o a un particular de su confianza, con el fin de transportar una importante cantidad de sustancia estupefaciente, con lo que empañó su desempeño personal, laboral, familiar y social, tanto es así que la Sala válidamente puede inferir que de concederle el sustituto deprecado se estaría poniendo en riesgo al menor C.A.O.B., no solo frente al flagelo del narcotráfico sino también a las consecuencias jurídicas y legales que conlleva la realización de los actos ilícitos que se le atribuyen.

De igual manera, la Sala no puede pasar por alto que en el proceso no existe evidencia sobre la ausencia de la familia extensa que pueda velar los intereses C.A.O.B., pues no se encuentra documentada y acreditada la ausencia total de la progenitora o de otros familiares del menor, que haga imperiosa la presencia del procesado como el único custodio, garante o protector de los derechos que le asisten al menor aludido.

Por lo considerado, la Sala estima que en el caso objeto de estudio resultó acertado lo decidido por el Juzgado de primer grado, puesto que no se satisfacen los requisitos para acceder a la sustitución de la pena prisión intramural por prisión domiciliaria en favor del procesado ROO, por detentar la supuesta condición de padre cabeza de familia.

Siendo así las cosas, la Sala confirmará el fallo opugnado en todo aquello que fue objeto de la inconformidad expresada por la recurrente.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado 2° Penal del Circuito de Dosquebradas, en las calendas del 9 de abril de 2.021, dentro del devenir del proceso que se le siguió en contra de ROO por incurrir en la comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

**SEGUNDO: DISPONER** como consecuencia de lo consignado en el Decreto legislativo 417 de 2.020, en el que declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional, ante la pandemia generada por el coronavirus, y lo regulado en el Decreto legislativo 457 de 2.020, que fijó los parámetros de las normas del aislamiento obligatorio o cuarentena, que la notificación de la presente providencian se llevara a cabo, dentro de lo posible, vía correo electrónico acorde con las disposiciones del artículo 8º del Decreto Legislativo 806 de 2.020.

**TERCERO: DECLARAR** que en contra de la presente decisión de 2ª instancia procede el recurso de casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado por los legitimados para recurrir dentro de las oportunidades de ley.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JULIÁN RIVERA LOAIZA**

Magistrado

1. Artículos 35 y 36 C.P. [↑](#footnote-ref-1)
2. Es de resaltar que esta es la única modalidad de la prisión domiciliaria que además de un análisis objetivo requiere de uno de tipo subjetivo para su procedencia, en atención a que las apreciaciones subjetivas para la concesión de la susodicha pena sustitutiva fueron abrogadas a partir de la entrada en vigencia de la Ley # 1.709 de 2.014. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 10 de junio de 2020. SP1251-2020. Rad. # 55.614. M.P. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR. [↑](#footnote-ref-3)