

**PRISIÓN DOMICILIARIA – PADRE CABEZA DE FAMILIA: Requisitos conforme la Ley 750 de 2002.**

**PRISIÓN DOMICILIARIA – PADRE CABEZA DE FAMILIA: No procede.**

No hay lugar a conceder al procesado la prisión domiciliaria especial, siendo que no cumple con los requisitos legal y jurisprudencialmente establecidos, en tanto no acreditó la condición de cabeza de familia, ni que su desempeño personal, laboral, familiar y social permiten inferir que no pondrá en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo, además que registra antecedentes penales.

---

## **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto**

### **Sala de Decisión Penal**

<b>Magistrado Ponente</b>	:	<b>Franco Solarte Portilla.</b>
<b>Asunto</b>	:	<b>Apelación sentencia condenatoria con preacuerdo.</b>
<b>Delito</b>	:	<b>Concierto para delinquir agravado</b>
<b>Acusados</b>	:	<b>RAS</b>
<b>Radicación</b>	:	<b>520016000000202100006-01NI.37880</b>
<b>Aprobación</b>	:	<b>Acta No. 2022-061 (20 de abril de 2022)</b>

**San Juan de Pasto, veinticinco de abril de dos mil veintidós**

### **1. Vistos**

Resuelve la Sala la apelación propuesta por la defensa del señor RAS en contra de la sentencia emitida el 23 de noviembre de 2021 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Tumaco, mediante la cual condenó a dicho ciudadano a las penas de 50 meses de prisión, a la accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso y a multa de 1404 salarios mínimos legales mensuales vigentes, tras encontrarlo responsable, previa la suscripción de un preacuerdo, como autor del delito de concierto para delinquir agravado.

## **2. Los hechos jurídicamente relevantes**

De lo reseñado en la acusación se desprende que la fiscalía atribuye al señor RAS, conocido con el alias de “El Pollo”, ser el jefe de una Red de Apoyo a Estructura Residual (RAER) del Grupo Armado Organizado Residual “*Frente Oliver Sinisterra*”, autodenominada Bloque Occidental Alfonso Cano, quien tiene a su cargo a 50 integrantes, encargados de cometer diversos delitos, principalmente extorsión, secuestro y amenazas con incidencia en el casco urbano del municipio de Tumaco, especialmente en el sector de El Voladero. Dicha organización se dedica fundamentalmente al cobro de extorsiones a comerciantes y transportadores del sector y a la realización de secuestros bajo la modalidad exprés cuando las víctimas no acceden a realizar los pagos exigidos, conduciéndolas en contra de su voluntad hacia el sector de El voladero, donde posteriormente las obligan a tomar contacto con sus familiares y negociar el pago para su liberación. El accionar criminal se ubica desde marzo hasta diciembre de 2020. Entre las víctimas de dicho conjunto ilegal se encuentra CARO, quien denunció que desde diciembre de 2019 ha sido objeto de diversas exigencias dinerarias por parte de quienes se identifican como miembros de ese grupo delictivo a cambio de no atentar contra su vida

## **3. Resumen de la actuación surtida**

Tras la expedición de una orden de captura del 23 de octubre de 2020 por el Juzgado Tercero Municipal con Funciones de Control de Garantías de Tumaco y de haberse hecho esta efectiva, los días 17 y 18 de diciembre de ese mismo año ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Tumaco se dio inicio a las audiencias preliminares concentradas,

en las que se impartió legalidad a la captura del encausado, se imputó a este el delito de concierto para delinquir agravado en calidad de coautor, a título de dolo y bajo el verbo rector concertarse, y se le impuso medida de aseguramiento consistente en detención carcelaria.

Como el procesado no aceptó los cargos, la parte persecutora presentó escrito de acusación por el punible de concierto para delinquir agravado previsto en el inciso 2º del artículo 340 del Código Penal, en calidad de coautor, a título de dolo y bajo el verbo rector concertarse con varias personas para cometer delitos, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Tumaco. Ello llevó a que la audiencia de formulación de acusación se celebrara el 23 de junio de 2021.

Estando *ad portas* de surtirse la audiencia preparatoria, el instructor y el procesado radicaron un preacuerdo, en virtud del cual a cambio de la aceptación de cargos por la conducta punible de concierto para delinquir agravado (artículo 340 inciso 2º del Código Penal), a título de dolo y en calidad de autor, se pactó como único beneficio y solamente con fines punitivos la aplicación de la figura de complicidad, con lo que se fijó una pena de 50 meses de prisión y multa de 702 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Dicha negociación fue presentada en audiencia del 7 de octubre de 2021. La diligencia continuó el 23 de noviembre, en la que la fiscalía precisó que la pena de multa consensuada correspondía verdaderamente a 1404 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Con esa aclaración, la Juez de conocimiento continuó con la verificación de los nuevos términos del preacuerdo y le impartió aprobación en la misma calenda. En esa fecha también tuvo lugar la individualización de la pena, donde la defensa del señor RAS solicitó la concesión de la prisión domiciliaria por padre cabeza de familia prevista en la

Ley 750 de 2002, y al final la Juez de primer nivel dio lectura a la sentencia condenatoria.

#### **4. La sentencia apelada**

En la sentencia, la *A quo* inicialmente se refirió a la identificación e individualización del procesado, a los hechos jurídicamente relevantes, al trámite impartido y a los términos del preacuerdo aprobado. Luego, trajo a recuento los elementos materiales probatorios aportados que sustentan el mínimo de convicción sobre la materialidad de la conducta y la responsabilidad penal del acusado. Enseguida, se ocupó de la calificación jurídica atribuida y aceptada por el encartado y de la punibilidad consensuada. Finalmente, dedicó unos apartados especiales para referirse a los mecanismos sustitutos de la pena privativa de la libertad.

En esa temática, encontró que ni la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni la prisión domiciliaria general podían ser asentidas al procesado, toda vez que la pena de prisión impuesta y la mínima legal del reato objeto de condena superaban los límites de los 4 y 8 años, respectivamente, además que el delito de concierto para delinquir agravado se encuentra enlistado en el artículo 68A de la Ley 599 de 2000, lo que lo excluye de beneficios y subrogados penales. Asimismo, la Juez de primer nivel dispuso negar la petición de prisión domiciliaria por condición de padre cabeza de familia, a la sazón de que el procesado no cumple con los requisitos esbozados en la jurisprudencia para su concesión. Al punto, encontró la Falladora que de acuerdo con los elementos materiales probatorios obrantes en el expediente se pudo determinar que el señor AS cuenta con antecedentes penales por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y el delito de concierto para

delinquir, lo que hace inane continuar con el estudio de los demás requisitos, ya que los mismos deben ser concurrentes.

Finalmente, en la parte resolutive de la sentencia la primera instancia condenó al señor RAS como autor a título de dolo del reato de concierto para delinquir agravado, le impuso las penas de 50 meses de prisión, en igual lapso la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, multa de 1404 salarios mínimos legales mensuales vigentes y denegó todo subrogado y sustituto penal.

## **5. La sustentación del recurso**

La defensa del encausado abogó por la revocatoria de la decisión que negó la prisión domiciliaria por cabeza de familia bajo los siguientes argumentos:

Primero, esgrimió que los requisitos para conceder la prisión domiciliaria por padre cabeza de familia estriban en que el desempeño personal, laboral, familiar o social del infractor permita a la autoridad judicial competente determinar que no colocará en peligro a la comunidad y que tampoco ponga en riesgo a las personas a su cargo (hijos menores de edad o hijos con incapacidad mental permanente otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar), siendo esos los presupuestos que primeramente estableció el legislador para el sustituto en comento. Luego, expresó que dicho beneficio no se concede al procesado en sí mismo, sino en favor de las personas que están a su cargo, por lo que al juez de conocimiento le concierne considerar si se reúnen dichos supuestos valorando el interés superior del menor y la protección que el Estado debe brindarle a este. Adicionalmente, trajo un recuento legal y jurisprudencial para dar cuenta de la naturaleza de la institución de la prisión

domiciliaria privilegiada y los requisitos estatuidos. Luego, subrayó de forma genérica que su representado sí es merecedor de la prisión domiciliaria, en tanto que, con los elementos de prueba que otrora allegó, se acreditan tales requisitos.

Como segundo tema de disenso, refirió el censor que, frente a la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cali bajo el radicado 2009-02312 por el delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes en su contra, se ha declarado la liberación definitiva, por ello no debe tenerse en cuenta como antecedente penal.

Como tercer y último punto, arguyó que si bien es cierto que el artículo 68A sustantivo contempla prohibiciones para conceder el subrogado de prisión domiciliaria para el delito de concierto para delinquir, el inciso tercero de la misma norma indica que ello no se aplica frente a la sustitución de la ejecución de la pena y en los eventos referenciados en los numerales 2, 3, 4 y especialmente el numeral 5 del artículo 314 del Código de Procedimiento Penal, pues con ello se pretende garantizar el bienestar de los menores de edad, quienes podrían verse afectados con la privación de la libertad en un establecimiento penitenciario de su progenitor encargado de su manutención y cuidado.

## **6. Consideraciones de la Sala**

### **6.1. Competencia y problema jurídico**

Con arreglo a lo dispuesto por el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, esta Corporación es competente para desatar la alzada propuesta, misma que tiene por fin responder: *¿el señor RAS cumple con todos los requisitos para que le sea concedida la prisión domiciliaria por padre cabeza de familia?*

## **6.2. Sobre la competencia del juez de conocimiento para pronunciarse sobre la prisión domiciliaria para padres y madres cabeza de familia**

Antes de dar desarrollo al anterior interrogante, es necesario hacer un repaso sobre la competencia del juez de conocimiento en este ámbito de manera breve, en la medida en que se trata de un tema que ha sido decantado por la jurisprudencia en pacífico criterio. Así pues, desde el radicado 53863 del 13 de noviembre de 2019, la Corte Suprema de Justicia abandonó la versión que decía que sobre la sustitución de la prisión domiciliaria por esa condición únicamente era el juez de ejecución de penas el llamado a pronunciarse al tenor de los artículos 461 y 314 de la Ley 906 de 2004, y en cambio acogió aquella que regenta que para efectos de resolver la prisión domiciliaria en los términos de la Ley 750 de 2002 es el juez de conocimiento en su sentencia, una vez dictado sentido de fallo, el que debe estudiar una petición de esa estirpe. Veamos:

“Debe aceptarse que a lo largo del tiempo han coexistido dos posturas sobre la competencia para resolver sobre la prisión domiciliaria en los términos de la Ley 750 de 2002. La primera, da cuenta de que los juzgadores de instancia solo pueden decidir sobre la modificación de la detención preventiva, toda vez que la decisión acerca de la prisión domiciliaria solo procede cuando el fallo esté ejecutoriado, por lo que debe ser resuelta por los jueces de ejecución de penas. La segunda, se orienta a que el cambio de sitio de reclusión, para los efectos previstos en la Ley 750 de 2002, puede ser decidido por el juez de conocimiento.

(...) La Sala considera que el juez de conocimiento es competente para decidir sobre la prisión domiciliaria para madres o padres cabeza de familia, cuando la misma sea solicitada, bajo el entendido de que quien lo hace debe asumir las puntuales cargas probatorias y argumentativas consagradas en la Ley 750 de 2002. (...)

Así las cosas, resulta claro que la habilitación de los jueces de ejecución de penas para alizar la procedencia de la prisión domiciliaria para madres y padres cabeza de familia, prevista en el artículo 461, no implica que la decisión no deba ser tomada por el juez de conocimiento. Lo que regula la norma en mención es la posibilidad de que ese asunto se revise durante la ejecución de la pena, bien porque la circunstancia sobrevenga en ese interregno, o porque ese tema no haya sido ventilado durante el trámite de emisión del fallo.

De esta manera, se reafirma la postura acerca de la vigencia de la medida de aseguramiento (*hasta el sentido del fallo*), y se aclara que, a partir de ese momento, el juez de conocimiento debe decidir sobre la libertad a la luz de los fines de la pena y la reglamentación de los subrogados. En cuanto a la prisión domiciliaria para madres o padres cabeza de familia, el tema debe ser resuelto por el juez de conocimiento, cuando haya lugar a ello, no como la posible sustitución de la medida de aseguramiento (cuyos efectos se extienden hasta la decisión acerca de la responsabilidad penal), sino bajo los principios de la pena y los parámetros de la Ley 750 de 2002.”<sup>1</sup>

En vista de lo anterior, se refrenda que el juez de conocimiento de primera y segunda instancia de este asunto estamos licenciados para pronunciarnos sobre la petición y el recurso destinados a la concesión de la prisión domiciliaria en los términos de la Ley 750 de 2002, como así fue deprecado por el censor, quien además trajo a colación algunos pronunciamientos jurisprudenciales relativos a dicho mecanismo.

### **6.3. Sobre la prisión domiciliaria para padres o madres cabeza de familia**

La prisión domiciliaria para padres o madres cabeza de familia es un instituto que permite a dichas personas purgar la pena privativa de la libertad en su

---

<sup>1</sup> CSJ SP, 13 nov. 2019, rad. 53863.

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. Dicha figura tiene razón de ser, no directamente un beneficio o una gracia para el sujeto activo del proceso penal, sino para las personas que están a su cargo, como los hijos menores de edad y las demás personas incapaces o incapacitadas para trabajar bien por su edad o por problemas graves de salud, siendo estos los destinatarios reales del instituto. Justamente ello es así, porque el propósito de esta clase de prisión domiciliaria no es otro que la protección de los intereses de los niños o de las demás personas a cargo del procesado que puedan verse en estado de vulnerabilidad manifiesta, cuando la única persona que vela por su cuidado es privada de la libertad en centro de reclusión formal. Es por eso que, cuando se trata de esta forma de ejecución de la pena privativa de la libertad, debe ser siempre pensada en clave de los intereses y derechos de esos personajes y no del sujeto pasivo del proceso penal.

Pese a ser ello así, la concesión de la prisión domiciliaria especial no es un derecho absoluto e irrestricto, sino que está atada al cumplimiento de unos requisitos que en la Ley 750 de 2002 y por la jurisprudencia de las altas Cortes han sido acrisolados<sup>2</sup>. Si se compila dicho ordenamiento jurídico, tales requisitos son los siguientes:

Primero, que la persona infractora tenga la condición de cabeza de familia<sup>3</sup>. En relación con esa calidad, se trata de aquellas personas que tienen a su cargo

---

<sup>2</sup> CSJ SP, 10 jun. 2020, rad. 55.614.

<sup>3</sup> Ver Ley 1232 de 2008 que reza que “es Mujer Cabeza de Familia, quien 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

de manera permanente y exclusiva o son el único soporte de sus hijos menores de edad o de otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar. Se trata de aquellos hombres<sup>4</sup> o mujeres que son la única persona a cargo del cuidado y manutención de sus hijos menores o de las demás personas incapaces o incapacitadas para trabajar que integren su núcleo familiar. Esto implica que la mentada condición no se alcanza solamente con acreditar, por ejemplo, que el interesado tiene un hijo menor de edad, sino que “*es imperioso demostrar, además, la ausencia **total** de la madre o de otro miembro de la familia que pueda hacerse cargo de su bienestar, o, incluso, la **incapacidad** de ellos para el efecto*”<sup>5</sup> <sup>6</sup>. Pero además, la calidad de cabeza de familia lleva implícita otra condición, que es que la responsabilidad del procesado para con sus parientes sea permanente, lo que lleva a pensar que antes de su detención aquel ya estaba al cuidado de ellos, lo que haría ciertamente suponer que ante dicha privación de la libertad sus hijos y demás familiares quedarían en estado de abandono y desprotección<sup>7</sup>. Igualmente, esa responsabilidad debe ser integral, pues no basta con acreditar la dependencia económica, sino también el cuidado en otros ámbitos, como el afectivo, en salud, educación, etc.<sup>8</sup>.

Esos supuestos de hecho, así como los demás que informan el instituto bajo estudio, deben ser probados por la parte procesal interesada, sobre todo si se aduce que los beneficiados con la prisión domiciliaria pueden quedar en estado de abandono o desprotección o que carecen de otros familiares que puedan

---

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.”

<sup>4</sup> C-184 de 2003.

<sup>5</sup> CSJ SP, 10 jun. 2020, rad. 56544.

<sup>6</sup> En similar concepción ver SU-388 de 2005.

<sup>7</sup> CSJ SP, 16 jul. 2003, rad. 1789.

<sup>8</sup> CSJ SP, 30 sep. 2009, rad. 30106.

proveer la satisfacción de sus necesidades básicas<sup>9</sup>. Si lo pretendido es reclamar la aplicación de ese tipo de prisión domiciliaria en favor del encausado, este debe acreditar probatoriamente las exigencias legales de rigor<sup>10</sup>.

Hay que anotar que, en algún momento del desarrollo jurisprudencial, la Corte Suprema de Justicia abanderó la postura según la cual bastaba que se comprobara la condición de cabeza de familia del peticionario para conceder la prisión domiciliaria, sin miramiento a ningún otro requisito. Sin embargo, tal criterio fue abandonado desde el radicado 35943 del 22 de junio de 2011, a partir del cual los siguientes son también los presupuestos que deben acompañar el análisis de este mecanismo.

Segundo, que su desempeño personal, laboral, familiar y social permita inferir que no pondrá en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo. Por una parte, este presupuesto reclama que exista un pronóstico favorable respecto de su comportamiento como individuo, de la forma cómo ha cumplido efectivamente sus deberes para con su familia y la manera cómo se relaciona con sus hijos o sujetos a proteger, su comportamiento pasado en una actividad lícita y su proyección como miembro responsable dentro de la comunidad. Con base en ese estudio de los diferentes ámbitos de la vida es menester sopesar si quien invoca la prisión domiciliaria no pondrá en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo. Si bien es cierto que debe abogarse por la protección de los niños y demás personas vulnerables, también debe el cambio de sitio de reclusión no poner en riesgo a esas personas y/o a la comunidad.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> CSJ AP, 26 feb. 2020, rad. 54835

<sup>10</sup> CSJ AP, 11 mar. 2020, rad. 52.924.

<sup>11</sup> CSJ SP, 10 jun. 2020, rad. 55.614.

Esto mismo trae intrínseca la necesidad de valorar el tipo de criminalidad en la que estuvo involucrado, porque si se trató de delincuencia que implique la exposición a riesgos para, por ejemplo, a la integridad física y moral de los menores, o la comunidad a través de la amenaza de repetición del comportamiento o de evasión a la justicia, la concesión del sustituto no consultaría su finalidad legal. En efecto, *“el análisis de la gravedad del delito, de cara a determinar el posible peligro para la comunidad, no sólo puede, sino que debe abordarse al momento de analizar el presupuesto subjetivo que para la concesión de la prisión domiciliaria consagra el citado precepto”*<sup>12</sup>. No obstante, cabe precisar que la valoración de la gravedad de la conducta no se la puede hacer de forma abstracta de tal manera que se repita el juicio de antijuridicidad formal que es consustancial a todo punible, ni el estudio que se hace para la imposición de la pena. Lo que concierne desarrollar allí es un juicio concreto sobre el riesgo para las personas a cargo y la comunidad, en este último caso *“expresado en la posibilidad de reiteración delictiva ante la falta de reclusión carcelaria del condenado. Si ese riesgo es plausible, la prisión intramuros se hace necesaria, en desmedro del cumplimiento de la pena en el domicilio.”*<sup>13</sup>

En suma, se tiene respecto de este requisito que la ponderación del desempeño del procesado y de la naturaleza y gravedad de la conducta punible, a efectos del visto bueno del sustituto, debe proyectar que este es adecuado para proteger el interés del menor o de las demás personas vulnerables a cargo del infractor y que no comprometerá otros intereses y derechos constitucionalmente relevantes.

---

<sup>12</sup> CSJ SP 25 sep. 2019, rad. 54.587,

<sup>13</sup> CSJ SP, 10 jun. 2020, rad. 55.614.

Tercero, que la condena no se profiera por delitos tales como genocidio, homicidio, delitos contra las cosas o personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, extorsión, secuestro o desaparición forzada.

Cuarto, que la persona no registre antecedentes penales, salvo por delitos culposos o políticos.

Con esas precisiones y en el orden de los requisitos antedichos es turno de descender al caso concreto.

#### **6.4. Caso concreto**

A efectos de aterrizar la glosa anterior al caso concreto, en esta oportunidad la Sala empezará el examen del cumplimiento de los requisitos de la prisión domiciliaria por el último punto, en tanto que fue esa materia sobre la cual versó la negativa de la primera instancia en asentar el sustituto.

Al efecto, según los elementos materiales probatorios arrojados con el preacuerdo por la fiscalía, particularmente el oficio de la Policía Nacional del 2 de octubre de 2020, el señor AS sí cuenta con antecedentes penales, inclusive relacionados con la misma conducta delictiva de la cual ahora aceptó su responsabilidad. Por un lado, aflora la sentencia condenatoria vigente por el delito de concierto para delinquir agravado emitida por el Juzgado Primero Penal de Circuito Especializado de Tumaco el 11 de marzo de 2019 dentro del proceso 528356000000201800028, con la cual se irrogó al acusado poco más de 4 años de prisión. Por otra, la condena proferida por el delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes emitida por el Juzgado 13 Penal del

Circuito de Cali el 25 de febrero de 2011 en el proceso 200902312, mediante la cual se impuso al encartado 128 meses de prisión. Véase que, previamente a la emisión de la sentencia condenatoria ahora confutada, el encausado posee dos condenas ejecutoriadas por delitos dolosos, lo que da cuenta de la existencia de sendos antecedentes penales que impiden, como con acierto lo concluyó la *A quo*, en la concesión del sustituto rogado.

El recurrente afirma que se ha declarado la liberación definitiva del señor AS de la segunda condena en mención, sin embargo, tal situación carece de toda demostración. El censor señaló en su recurso que adjuntaba un pantallazo mediante el cual probaba dicha situación, empero, ello no puede ser valorado por dos razones: primero, que en el plenario, de hecho, no existe ningún documento que avale tal aserto y, segundo, que con todo el interesado debía exponerlo no como una probanza en la sustentación del recurso de apelación, pues para ello la alzada no está edificada, sino en curso de la audiencia de individualización de pena de que trata el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, espacio propicio y legítimo para aducir y probar tópicos que incumban con la ejecución de la pena, los antecedentes penales y de todo orden, etc. Ahora que, si en gracia de discusión se admitiese que sí está acreditado que la segunda condena se encuentra extinta para que no sea considerada como antecedente penal, cierto es también que queda indemne la primera condena, lo que inexorablemente lleva a concluir que este requisito de la prisión domiciliaria por jefatura de familia no se encuentra satisfecho.

Lo precedente resultaría suficiente para confirmar la decisión de primer nivel, merced a la existencia de antecedentes penales en contra del señor AS, comoquiera que la falta de cumplimiento de uno solo de los presupuestos o requisitos que informan la prisión domiciliaria especial trae como resultado la

negativa en el asentimiento de ese sustituto, porque -se repite- los requisitos arriba repasados son concurrentes y no alternativos.

De todos modos, para dar respuesta a los demás alegatos formulados por el recurrente, que se concentran en defender, según lo que puede colegirse de su escrito, en que el agente sí ostenta la condición de cabeza de familia y que el mecanismo sustitutivo es necesario para la protección de los derechos de sus hijos, la Sala se permite hacer las siguientes reflexiones:

Primero, el delito enrostrado no es de aquellos que se enlistan en la Ley 750 de 2002, por manera que no existe prohibición legal en este aspecto.

Segundo, sobre la *condición de padre cabeza de familia* que ha sido invocada en relación de la paternidad del señor AS con JPAO (adolescente de 14 años de edad), el encausado no la tiene.

Pese a que la defensa del procesado introdujo al debate elementos tales como dos informes socio familiares particulares, varias declaraciones juramentadas ante notaría, una valoración psicológica también particular y unas historias clínicas, que de forma convergente apuntan a dar cuenta que es dicho ciudadano la única persona que se ha encargado del cuidado integral del menor desde que murió su madre y que con ocasión de la privación de la libertad de aquel ha sido una vecina quien lo ha reemplazado en esas labores, la Sala no le confiere a esas probanzas ese mérito demostrativo que es pretendido por el recurrente.

Es cierto que está acreditado que la madre del adolescente, MOOA, falleció en el año 2008, cuando el niño tenía más o menos un año de edad, sin embargo,

en el marco del concepto amplio de familia el acusado conformó un nuevo hogar con YADM con quien permanece en unión libre, tal como está reseñado en la cartilla biográfica del interno, siquiera desde el año 2020. La presencia de esa fémina también se delata en el informe sociofamiliar de junio de 2021 allegado al proceso, en el que se consigna que ambos adultos tienen incluso un menor hijo y que la señora DM, pese a que con la privación de la libertad del encausado ha debido sobrellevar apuros económicos, ha cumplido con enviar a JP insumos como plátano, pescado y otros alimentos similares. Llama poderosamente la atención que en el informe sociofamiliar de noviembre de 2021 se haya borrado toda mención que en cambio sí se hacía a la referenciada señora en el primer informe. Bajo tal arista, para la Sala emerge, cuando menos, un manto de duda superlativa en relación con la verdadera conformación familiar del procesado y su menor hijo, pues no puede obviarse que los propios medios de convicción ponen a la palestra la probabilidad de que el acusado haya integrado un nuevo núcleo familiar con la ciudadana en mención y los hijos de ambos, con lo que no puede predicarse que el censor haya demostrado la solitaria jefatura de hogar del señor AS.

Tampoco puede pasar desapercibido que en los informes sociofamiliares se ha reconocido la existencia de familia extensa por las líneas paterna y materna (distinta a los padres del encartado, quienes cuentan con 86 y 90 años de edad), pese a lo cual quien elaboró tales informes se limitó a aseverar ligeramente que esa parentela no constituía un apoyo sustancial para el cuidado del menor, sin profundizar en la situación ni aportar mayor información objetiva, palpable y verificable que sustente ese aserto. De esa forma, para la discusión, lo que queda es que sí existen familiares de ambos lados, sobre los cuales la parte interesada no ha demostrado que estén en imposibilidad o incapacidad, pese al llamado que el principio de solidaridad familiar les hace

de hacerse cargo del cuidado del adolescente mientras su padre está privado de la libertad.

En pareja manera también debe llamarse la atención que subyacen muchas dubitaciones en torno a que el procesado efectivamente y de forma permanente antes de estar privado de la libertad por cuenta de este asunto hubiese estado dedicado al cuidado del menor. Si se echa un vistazo a los hechos delictivos por los cuales hoy se emite condena y a las demás circunstancias expuestas por la fiscalía en la acusación y en el preacuerdo, el señor AS era el jefe de una organización criminal, por lo cual tenía a su mando a más de 90 personas, organización que se ocupaba al menos en el año 2020 a la comisión de plurales ilícitos como extorsiones y secuestros. Por infortunio, el procesado dentro del grupo delincencial ocupaba un alto rango, lo que desde luego debe pensarse que lo hacía merecedor de altas y varias responsabilidades acordes con su cargo. En ese marco, la Judicatura se cuestiona si el encartado tenía la disponibilidad de espacio y tiempo para ocuparse del cuidado, formación y crianza de su hijo. Duda que se acrecienta si se considera que conforme el registro de anotaciones, antecedentes penales e ingresos al INPEC, han sido plurales las veces en las que aquel ha estado privado de la libertad, como desde el año 2009 a la fecha, esto, por cuenta de varios procesos, de los que siquiera se avizoran 3 condenas, lo que hace preguntarse si realmente el procesado por razones de tiempo y espacio ha estado de modo permanente en cabeza del cuidado de su hijo.

Lo que se acaba de decir va en la misma línea que conduce a concluir que tampoco el acusado tiene un buen reporte sobre el *desempeño laboral, personal, familiar y social* que permita inferir que no pondrá en peligro a la comunidad o a su hijo. Si bien la defensa arrió constancias y declaraciones

extrajudiciales elevadas por distintos pobladores del barrio Humberto Manzi sector El Voladero del municipio de Tumaco, que ubican al procesado como una persona responsable y dedicada en su hogar, que es buen vecino, buen trabajador y que goza del aprecio de sus coterráneos, ello se muestra absolutamente contradictorio con los hechos de este caso y elementos de prueba que los sustentan y demás medios de convicción aportados al plenario.

El señor AS es uno de los cabecillas de una RAER del Grupo Armado Organizado “Frente Oliver Sinisterra”, colectivo que se dedica a la extorsión, secuestro y amenazas, entre otras actividades delictivas, contra los habitantes del municipio de Tumaco para la obtención ilegal de recursos económicos, por lo que en forma alguna puede apadrinarse el criterio de unos pocos cuando los hechos por los cuales se emite condena delatan de la incursión delictiva del actor como jefe de una organización delictiva en amplio territorio de Tumaco que ha afectado sistemáticamente a comerciantes, transportadores y de contera a la comunidad que se beneficia con esas actividades lícitas. Además, tal como se indica en la audiencia preliminar de legalización de captura, al momento de su aprehensión el procesado debía encontrarse en su domicilio en razón a que para esa calenda contaba con medida de prisión domiciliaria por el delito de concierto para delinquir agravado dictaminada por autoridad judicial el 11 de marzo de 2019, pese a lo cual fue capturado por la comisión de un nuevo punible, a partir de lo cual claramente se puede colegir que los atentados contra la comunidad han continuado, con el aliciente de que el encausado ha burlado la justicia desatendiendo las obligaciones derivadas de la concesión del sustituto.

Agréguese que de la investigación realizada por la fiscalía se desprende la existencia de 2 anotaciones por órdenes de captura e imposición de medida de

aseguramiento y 3 sentencias condenatorias (una de ellas ya declarada extinta) que involucran al procesado en asuntos o problemas legales por delitos como concierto para delinquir, homicidio agravado, porte ilegal de armas, tráfico de estupefacientes. Es decir, no únicamente en una ocasión el procesado se ha visto imbuido en investigaciones penales por varios delitos. Eso traduce que en varias oportunidades el actor se ha visto sometido a conflictos de esa estirpe, que desde luego es un factor que no juega en su favor y que no hace irrazonable ni arbitrario reflexionar que su excarcelación constituye en una amenaza para la comunidad y un riesgo de repetición en la conducta.

En punto a la amenaza o riesgo en contra de la integridad física y moral del adolescente JPAO, tampoco puede concebirse que el procesado sea la persona apta para presidir su crianza, formación y cuidado, esto es, el llamado a proteger el interés del menor. Reflejo de esto es, por ejemplo, que el señor RAS realizaba una parte de sus actividades delictivas (tales como secuestros y extorsiones) desde el sector de El Voladero del municipio de Tumaco, donde la fiscalía dice que el encausado también residía. Si se parte entonces por aceptar, como lo defiende la parte recurrente, que procesado y su hijo convivían juntos, pues debe también admitirse que el menor estaba expuesto a las operaciones delictivas que el encausado encabezaba en el lugar de domicilio. Para la Colegiatura se ofrece conflictiva esa situación y pone en tela de juicio hasta qué punto no se atenta contra los derechos del menor que el apelante pretende salvaguardar por cuenta de una conducta punible que ha debido ameritar que el procesado ejecute actividades ilegales desde el mismo domicilio donde el menor reside. Adicionalmente, qué garantía puede significar para un hijo que un padre venga dedicándose sin solución de continuidad a sendas actividades delictivas que han llevado a la imposición de en total y contando la de ahora 4 condenas, sin que su camino lo haya reencausado por

la legalidad en procura, al menos, de la protección de los derechos de su descendiente.

Resta en esta temática hacer una referencia al último argumento del censor, pues en su juicio el inciso 3° del artículo 68A de la Ley 599 del 2000 y los numerales el artículo 314 de la Ley 906 de 2004, especialmente el numeral 5 se complementan, como si con ello sugiriese que son los presupuestos que allí se consagran y no los de la Ley 750 de 2002 los llamados a regir en el asunto. Al respecto, las figuras señaladas en esas normas son sustancialmente diferentes. Si bien parten de un mismo supuesto, que es que el sujeto pasivo de la acción penal sea padre o madre cabeza de familia y que se pretenda la satisfacción del interés prevalente del menor, son plenamente diferenciables.

La detención preventiva se trata de apenas una medida cautelar que tiene una vigencia provisional, que es hasta tanto se emita el sentido del fallo; por ese carácter precautelativo y no definitivo, el legislador erigió unos requisitos para su concesión, que son menores. En cambio, la prisión domiciliaria tiene por objeto el cumplimiento o ejecución de una condena y para ese efecto el mismo legislador previó otros requisitos que son mayores, como se acabaron de reseñar. El artículo 314 de la Ley 906 de 2004 no modificó o derogó la Ley 750 de 2002, por lo tanto, se trata de institutos que existen individualmente, cada uno en los espacios procesales que le son propios. Por eso, al tratarse de figuras que no son las mismas, la concesión de la detención domiciliaria no supone el asentimiento de la prisión domiciliaria y cada una debe ser acreditada en los escenarios procesales pertinentes con los requisitos que le son propios.

Así pues, como es que no se satisfacen todos los requisitos concurrentes que deben cumplirse para la concesión de la prisión domiciliaria, se confirmará en este punto la decisión de primer nivel.

## 7. Decisión

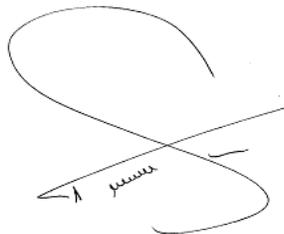
Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

## 8. Resuelve:

**Primero. Confirmar** el numeral cuarto de la sentencia impugnada en cuanto a la negativa de conceder al procesado la prisión domiciliaria por padre cabeza de familia.

**Segundo.** Esta decisión se notifica en estrados y se hace saber que contra ella procede el recurso extraordinario de casación, el cual deberá ser interpuesto dentro de los 5 días siguientes a su notificación, según lo prevé el artículo 98 de la Ley 1395 de 2010.

Cópiese y cúmplase.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'S' shape with a horizontal line crossing it, and some smaller scribbles below.

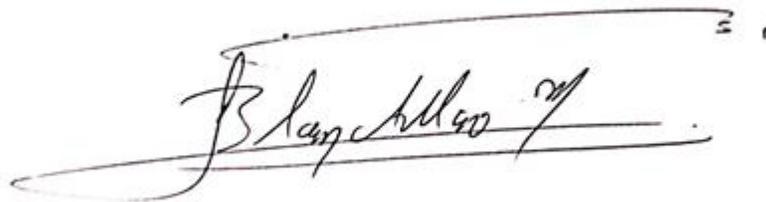
**Franco Solarte Portilla**

**Magistrado**



**Héctor Roveiro Agredo León**

**Magistrado**



4178

**Blanca Lidia Arellano Moreno**

**Magistrada**



**JUAN CARLOS ALVAREZ LOPEZ**  
**Secretario**

**REGISTRO DE PROYECTO No. 070**

**EL SECRETARIO DE LA SALA PENAL, EN USO DE SUS FACULTADES  
LEGALES,**

**HACE CONSTAR**

Que teniendo en cuenta las medidas establecidas en el Acuerdo No. PCSJA22-11930 del 25 de febrero de 2022 del Consejo Superior de la Judicatura, respecto de la pandemia generada por el virus COVID 19, y aquellas propias emanadas de la Presidencia de la Sala Penal, de manera virtual se deja constancia del registro de proyecto presentado en el asunto de la referencia.

Pasto, 5 de abril de 2022.



**JUAN CARLOS ÁLVAREZ LOPEZ**  
Secretario