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.

**SENTENCIA / RECURSO DE APELACION / REQUSITOS / PRISIÓN DOMICILIARIA / LIBERTAD CONDICIONAL / CONFIRMA**

*… se tiene que el Juzgado de primera instancia, de manera general se refirió a la concesión de subrogados y sustitutos penales, procediendo a su negativa bajo el argumento de que en el presente asunto no se satisfacía el factor objetivo exigido en el artículo 63 del C.P. pues para el delito por el cual fue condenado, existe una expresa prohibición legal, el cual se encuentra excluido de cualquier beneficio liberatorio, conforme a lo señalado en el artículo 68A ibidem.*

*Frente a ello, la Sala estima que para el caso concreto del ciudadano CECC quien se encuentra en libertad dado que se venció el término máximo conque contaba la judicatura para resolver su situación jurídica definitiva, no es viable proceder al estudio de la concesión de la libertad condicional, dado que, como se anotó, se trata de un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad que surge es con ocasión, precisamente, de la privación de la libertad de un ciudadano.*

**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, dos (2) de abril de dos mil veinticinco (2.025).

Aprobado por acta No. 352

Hora: 10:30 a.m.

Procesados: WAGL, CECC, KJV y CLCC.

Radicado: 66400 6000000 2024 00083 01

Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

Procede: Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal.

Asunto: Se desata recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de la sentencia condenatoria que negó la detención domiciliaria.

Tema: Requisitos para la prisión domiciliaria. Libertad condicional.

Decisión: Confirma fallo opugnado.

**ASUNTO A DECIDIR:**

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por la Defensa del ciudadano CECC en contra de la sentencia proferida en las calendas del dieciocho (18) de noviembre de 2.024 por el Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, dentro del proceso que se siguió en contra del procesado y los ciudadanos WAGL, KJV Y CLCC por incurrir en la comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

**ANTECEDENTES:**

Según se contrae del contenido del escrito de acusación, los hechos que concitan la atención de la Judicatura se remontan a una serie de ventas de sustancia estupefaciente en los barrios “la Horqueta” y “la Trinidad” del municipio de Santa Rosa de Cabal para los meses de agosto, septiembre, octubre y noviembre del año 2.022, llevadas a cabo, presuntamente, por las siguientes personas:

* WAGL, alias “Buitre”, a quien le registran cuatro eventos de venta de sustancia estupefaciente en el sector del barrio “la Horqueta” sobre la vía pública de la carrera 17 entre calle 21 y 23 del municipio de Santa Rosa de Cabal, esto es: i) el 23/10/2022 se incautó cocaína y se obtuvo un peso neto de 4,4 gr; ii) el 23/10/2022 se incautó cocaína y se obtuvo un peso neto de 3,5 gr; iii) el 23/10/2022 se incautó cocaína y se obtuvo un peso neto de 3,9 gr; iv) el 23/10/2022 se incautó cocaína y se obtuvo un peso neto de 4,0 gr.
* CECC alias “Calvo”, a quien le reportan cinco eventos de ofrecimiento y venta de sustancia estupefaciente en el sector del barrio “la Horqueta” sobre la vía pública de la carrera 17 entre calle 21 y 23 del municipio de Santa Rosa de Cabal, así: i) el 23/10/2022 se incautó marihuana con un peso neto de 3,7 gr; ii) el 23/10/2022 se incautó marihuana con un peso neto de 4,9 gr; iii) el 24/10/2022 se incautó cocaína y se obtuvo un peso neto de 5,5 gr; iv) el 24/10/2022 se incautó cocaína con un peso neto de 5,5 gr; v) el 24/10/2022 se incautó cocaína y se obtuvo un peso neto de 0,6 gr.
* KJV, alias “India”, a quien le registran seis eventos de ofrecimiento y venta de estupefacientes en el predio ubicado en la carrera 16 No. 24-66 barrio “la Trinidad” del municipio de Santa Rosa de Cabal, esto es: i) el 24/08/2022 se incautó cocaína y se obtuvo un peso neto de 0,6 gr; ii) el 24/08/2022 se incautó cocaína y se obtuvo un peso neto de 0,6 gr; iii) el 30/08/2022 se incautó cocaína y se obtuvo un peso neto de 0,7 gr; iv) el 30/08/2022 se incautó cocaína y se obtuvo un peso neto de 5,5 gr; v) el 30/08/2022 se incautó cocaína y se obtuvo un peso neto de 0,6 gr; vi) el 07/09/2022 se incautó cocaína y se obtuvo un peso neto de 0,8 gr.
* JULIAN DAVID MONTOYA OSORIO, quien fue capturado en flagrancia en diligencia de allanamiento y registro realizada el 24 de enero de 2.023, en el predio ubicado en la carrera 17 No. 22-86 barrio “la Horqueta” del municipio de Santa Rosa de Cabal, y a quien se le halló sustancia estupefaciente, cuya prueba de PIPH arrojo resultado positivo para cocaína y sus derivados con un peso neto de 26 gr.
* SEBASTIAN LONDOÑO OCAMPO, quien fue capturado en situación de flagrancia en diligencia de registro y allanamiento ejecutada el día 24 de enero de 2023 en el predio ubicado en la carrera 16 No. 24- 66 barrio “la Trinidad” del municipio de Santa Rosa de Cabal, y a quien se le halló con sustancia estupefaciente, la cual fue sometida a PIPH y arrojó resultado positivo para cocaína y sus derivados con un peso neto de 30,6 gr.
* CLCC, quien fuere capturada en flagrancia en diligencia de allanamiento y registro llevada a cabo el 24 de enero de 2023 al interior del predio ubicado en la carrera 10 A No. 34-15 del municipio de Santa Rosa de Cabal, donde se halló lo siguiente: i) 23 bolsas medianas transparentes de cierre hermético color rojo contentiva de sustancia verde con olor y características similares a estupefacientes; ii) 5 bolsas de sello hermético con 250 bolsas contentivas de sustancia pulverulenta color beige con características similares a estupefaciente y 1 bolsa con un nudo con sustancia color beige en su interior con características similares a estupefacientes; iii) una bolsa blanca contentiva de sustancia pulverulenta color blanco con características similares a estupefaciente; iv) 70 bolsas transparentes con sello hermético con sustancia pulverulenta color blanco en su interior, con características similares a estupefacientes; v) 2.600 bolsas trasparentes con sello hermético vacías; vi) 600 bolsas medianas trasparentes con sello hermético vacías; vii) 50 bolsas trasparentes con sello hermético vacías; viii) tres grameras; ix) dinero en efectivo que suma un total de $3.933.000.

La sustancia incautada fue sometida a la prueba preliminar PIPH, obteniéndose un total de 356,7 gr positivo para cocaína y sus derivados y 122,7 gr positivos para marihuana.

Finalmente, en el libelo acusatorio se indicó que tanto WAGL, como CECC y KJV contaban con una serie de registros fílmicos que daban cuenta de la continuidad de la actividad de ofrecimiento y venta de estupefacientes.

**SINOPSIS DE LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. Las audiencias preliminares se celebraron ante el Juzgado Primero Penal Municipal, con Funciones de Control de Garantías, de Dosquebradas, el 25 de enero de 2.023 para los señores WAGL, CLCC y CECC, entre otros; y el 1 de febrero de 2.023 para la señora KJV. En dichas diligencias: (i) se declaró legal la captura de los ciudadanos WAGL, CECC y KJV, las cuales fueron precedidas de una orden, y de CLCC, que acaeció en situación de flagrancia; (ii) la F.G.N. les comunicó cargos a los Sres. WAGL y CECC como coautores del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en concurso homogéneo, previsto en el inciso 1° del artículo 376 del CP, verbo rector “vender”, a la Sra. CLCC como coautora del reato de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, verbo rector “conservar” -art. 376 inciso 3 C.P.-, y a la Sra. KJV como coautora de los delitos de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, verbo rector “vender” en concurso homogéneo y sucesivo, y destinación ilícita de inmuebles bajo la modalidad de “vender y almacenar”, de conformidad con los artículos 376 inciso 2 y 377 C.P.

Dichos cargos no fueron aceptados por los procesados, a quienes se les resolvió su situación jurídica imponiéndoles medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento de reclusión.

1. Una vez radicado el libelo acusatorio, su conocimiento correspondió al Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, ante quien, luego de varias citaciones para la realización de la audiencia de formulación de acusación, el 17 de noviembre de 2.023, por parte de la delegada de la Fiscalía, se informó que se había llegado a un preacuerdo con el ciudadano CECC, momento en el cual, los apoderados de los Sres. WAGL y KJV, así como la Sra. CLCC, manifestaron también su interés en preacordar, suspendiendo la diligencia, con el fin de que se adelantara la negociación.
2. El 11 de julio de 2.024, estando citados para la audiencia de formulación de acusación, la representante de la Fiscalía indicó que se había llegado a un preacuerdo con los procesados WAGL, CECC, KJV Y CLCC, mediante el cual, los ciudadanos aceptarían cargos, de conformidad con los siguientes términos:
* El señor WAGL aceptaría cargos a cambio que se le degrade la pena de autor a cómplice del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, artículo 376, inciso 2do en concurso homogéneo y sucesivo (3 evento más), verbo rector “vender”, del Código Penal; quedando la pena en treinta y cinco meses de prisión y una multa de dos (2) salarios mínimos legales vigentes.
* El señor CECC aceptaría cargos a cambio que se le degrade la pena de autor a cómplice del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, artículo 376, inciso 2do en concurso homogéneo y sucesivo (4 evento más), verbo rector VENDER, del Código Penal; quedando la pena en treinta y seis (36) meses de prisión y una multa de dos (2) salarios mínimos legales vigentes.
* La señora KJV aceptaría cargos por la conducta tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, artículo 376, inciso 2do en concurso homogéneo y sucesivo (5 eventos), verbo rector VENDER en concurso homogéneo con la conducta punible destinación ilícita de bienes muebles e inmuebles art 377 del Código Penal; quedando la pena en cincuenta y tres meses de prisión y una multa de dos (2) salarios mínimos legales vigentes.
* La señora CLCC, aceptaría cargos a cambio que se le degrade la pena de autor a cómplice del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, artículo 376, inciso 3ro, verbo rector CONSERVAR, del Código Penal; quedando la pena en cuarenta y ocho (48) meses de prisión y una multa de dos (2) salarios mínimos legales vigentes.

Dicha negociación fue avalada por el Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, y se suspendió la diligencia con el fin de realizar el trámite previsto en el artículo 447 C.P.P.

1. En audiencia del 5 de septiembre de 2.024, se llevó a cabo el trámite del artículo 447 del C.P.P., procediéndose a dictar la correspondiente sentencia condenatoria el 18 de noviembre de 2.024, mediante la cual se negó la concesión del sustituto de la prisión domiciliaria, decisión contra la cual, se alzó de manera oportuna la Defensa de los Sres. CECC, KJV y CLCC.
2. Mediante auto del 3 de diciembre de esa misma calenda, el Juzgado *A quo* declaró desierto el recurso presentado por los apoderados de las ciudadanas KJV y CLCC, determinación frente a la cual se interpuso recurso de reposición por el apoderado de la Sra. KJV, mismo que le fue negado por el Juzgado cognoscente, dando trámite únicamente a la alzada presentada por el defensor del Sr. CECC.

**EL FALLO CONFUTADO:**

Como se sabe, se trata de la sentencia anticipada proferida el 18 de noviembre de 2.024 por parte del Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, mediante la cual se declaró la responsabilidad penal de los procesados WAGL, CECC, CLCC y KJV por incurrir en la comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, y destinación ilícita de bienes muebles e inmuebles, para el caso de esta última.

Como consecuencia de la declaratoria del compromiso penal endilgado a los acusados, fueron condenados a purgar las siguientes penas y, por no cumplirse con los requisitos de ley, no se les reconoció el disfrute de subrogados ni de substitutos penales:

* WAGL, la pena principal de treinta y cinco (35) meses de prisión y multa de dos (2) S.M.L.M.V.
* CECC, la pena principal de treinta y seis (36) meses de prisión y multa de dos (2) S.M.L.M.V.
* KJV, la pena principal de cincuenta y tres (53) meses de prisión y multa de dos (2) S.M.L.M.V.
* CLCC, la pena principal de cuarenta y ocho (48) meses de prisión y multa de dos (2) S.M.L.M.V.

Los fundamentos que tuvo en cuenta el Juzgado de primer grado para declarar la responsabilidad criminal de los procesados, se basaron en la decisión de los mismos 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, en lo que respecta al ciudadano CECC, no se le concedió al procesado el sustituto de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, tenido en cuenta que en el presente asunto no se satisfacía el factor objetivo exigido en el artículo 63 del C.P., pues para el delito por el cual fue condenado, existe una expresa prohibición legal, el cual se encuentra excluido de cualquier beneficio liberatorio, conforme a lo señalado en el artículo 68A ibidem.

Finalmente, y en consideración a la solicitud elevada por la defensa del procesado CECC, tendiente al reconocimiento de la prisión domiciliaria, toda vez que es padre cabeza de familia y tiene a su cargo un hijo con síndrome de *Down*, el Juzgado *A quo* consideró que al estudiar cuidadosamente los elementos, se pudo establecer que en el registro civil de nacimiento aportado no aparece registrado como padre del menor, sin que exista un elemento diferente que determine de manera fehaciente la calidad que alega, quedando para él abierta la vía para a acudir al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad encargado de vigilar la pena y aportar los elementos materiales probatorios.

En consecuencia de lo anterior, se dispuso que el procesado purgara la sanción que le fue impuesta en un establecimiento penitenciario.

**LA APELACIÓN:**

El tema central de la inconformidad planteada por la Defensa en la alzada se limita a la negativa de la concesión de la prisión domiciliaria en consideración a la condición de padre cabeza de familia de dicho ciudadano, y al estudio de la concesión de la libertad condicional, habida cuenta del tiempo que lleva detenido su prohijado.

Tal tópico lo fundamentó de la siguiente manera:

* Su prohijado, si bien se encuentra en libertad por vencimiento de términos, había purgado pena física por un término de 14 meses, y se le habían otorgado unos descuentos en el establecimiento penitenciario y carcelario de Santa Rosa de Cabal, con lo que había alcanzado a cumplir 17 meses de prisión y por tanto, había cumplido las 3/5 partes de la pena impuesta.
* El procesado es padre cabeza de familia toda vez que compartía con su pareja, quien tiene a su cargo dos personas con graves situaciones que le impiden realizar su vida y sus actividades de manera normal y llevar a cabo con solvencia su rol de madre cabeza de hogar.
* En ese sentido, la pareja del procesado cuenta con un hijo de dos años y medio de edad con una condición de síndrome de Down, y tiene a su señora madre postrada en una cama por un accidente cerebrovascular que le impide su movilidad, situaciones que se extienden, no solo a la señora DEYSI CASTRO OSORIO -como compañera permanente del condenado- sino también al Sr. CECC para cumplir con los gastos y demás emolumentos que generan estas personas que requieren cuidado y atención constante.
* Por parte del *A quo* no se tuvo en cuenta al momento de emitir el fallo, que el ciudadano CECC no tiene situaciones que agraven su condición, sino que son atenuantes, pues no tiene antecedentes penales, no ha tenido problemas con sus congéneres, no ha sido proclive a las conductas enrostradas durante el tiempo que lleva en libertad y ha tenido un buen comportamiento como ciudadano, aunado a ello, siempre ha estado presto a cumplir los requerimientos a las audiencias que se notifican.
* Al Juez de primera instancia se le presentaron elementos tanto documentos como fotografías, que permitían verificar que el señor CECC es el compañero permanente de la señora BLANCA DEYSI CASTRO OSORIO, quien, itera, tiene a su cargo un hijo de dos años y medio con síndrome de Down, y a su señora madre, quien de conformidad con su historia clínica requiere de acompañamiento permanente.
* Para el caso del Sr. CECC, confluye el requisito objetivo de no ser mayor de 4 años la pena que le fue impuesta, además tiene arraigo en el municipio de Santa Rosa de Cabal, no ha sido condenado, no tiene antecedentes penales y aceptó los cargos por medio de preacuerdo, evitando un desgaste en la justicia. Asímismo, con el tiempo que duró en prisión, logró su resocialización, la cual ya no es necesaria.

En razón a lo anterior, solicitó revocar la sentencia condenatoria emitida en contra del ciudadano CECC, en lo que tiene que ver con la negativa de conceder la sustitución de la pena, para en su lugar, acceder a ella.

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**- Competencia:**

La Sala de Decisión Penal # 1 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 del Circuito que hace 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 problemas jurídicos, se desprenden los siguientes:

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

Así mismo, ¿se cumplía con los requisitos necesarios para que al procesado CECC, como consecuencia del lapso que estuvo privado de su libertad como consecuencia que se le impuso la medida de aseguramiento de detención preventiva, le pudiera ser concedida la libertad condicional?

**- Solución:**

# 1. Sobre la condición de padre cabeza de familia del señor CECC.

Para solucionar el primer problema jurídico propuesto, debemos empezar por recordar que el procesado fue condenado por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes a una pena de 36 meses de prisión y el pago de multa de 2 S.M.L.M.V., con base en un preacuerdo que hizo con la Fiscalía, el cual fue avalado por el Juez Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, una vez se verificó que efectivamente el procesado se encontraba de acuerdo con lo expuesto por la delegada del Ente Acusador.

Ahora bien, teniendo en cuenta que uno de los reproches que el recurrente ha formulado en contra del fallo confutado está relacionado con el no reconocimiento en favor del procesado CECC de la pena sustitutiva de la prisión domiciliaria en razón a su condición de padre cabeza de familia, la Colegiatura considera 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).
* La ejecución de la pena de prisión intramural, ya sea en el domicilio del reo o en un centro hospitalario, en aquellas hipótesis en las cuales el declarado penalmente responsable padezca de una enfermedad grave (Artículo 68 del C.P.).

Es de anotar que a pesar de que una de las anteriores modalidades de la pena de prisión domiciliaria tiene 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 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, 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 para el otorgamiento de dicho sustituto que:

“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).

Respecto de ello, se tiene que la condición de padre o madre 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 ostentar 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 solo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquella se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental 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 CECC para que se le conceda la sustitución de la prisión en establecimiento carcelario por el lugar de su residencia, basada en el argumento consistente en que el procesado satisface a cabalidad los requisitos exigidos en la norma, pues convive con su compañera permanente, quien tiene a su cargo un menor de dos años y medio de edad con síndrome de *down* y a su señora madre, que se encuentra postrada en cama dado un accidente cerebrovascular que la incapacitó por completo, situaciones que se desprenden de los dichos del recurrente y de los E.M.P. allegados, los que deben ser valorados en su integridad y de manera conjunta.

Analizados estos elementos aportados al Juzgado *A quo*, se tiene que no se probó por parte de la defensa que el procesado sea la única fuente de sustento de su respectivo núcleo familiar, así como tampoco se pudo probar la deficiencia sustancial de asistencia por parte de otros miembros de la familia de su compañera permanente, pues se observa que ninguna mención se hizo al respecto.

De otro lado, se tiene que los documentos aportados el 5 de septiembre de 2.024 al Juzgado de conocimiento, son ilegibles, por tanto, no es posible revisar de manera clara la historia clínica que allí se aporta, ni el registro civil de nacimiento del menor, sin que se advierta dentro del expediente que los mismos se hayan vuelto a aportar, pues si bien el 14 de noviembre de ese mimo año se allegaron más elementos, los mismos, al menos en su forma, no se corresponden a los inicialmente remitidos.

Es así, como del segundo correo de elementos enviados por la Defensa del ciudadano CECC, claramente puede advertirse el estado de salud del hijo y la señora madre de su compañera permanente, sin embargo, dentro de los mismos no se deja entrever la deficiencia sustancial de asistencia por parte de otros miembros de la familia que puedan colaborar con la manutención o cuidado de estas dos personas, quedándose corto el análisis hecho por la defensa frente a este tópico.

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 cumple con los requisitos necesarios para la procedencia de la prisión domiciliaria por detentar el procesado la supuesta condición de padre cabeza de familia.

Para arribar a dicha conclusión se debe establecer lo siguiente:

* No existe evidencia alguna que permita inferir que el acusado es quien soporta económicamente a su familia, pues no se refiere por parte de la defensa soporte alguno de su actividad laboral ni se hizo mención alguna en ese sentido, por tanto, la sola referencia del profesional del derecho que representa los intereses del procesado en el sentido de que colabora en su hogar, no es indicativo de que sea la única entrada económica del mismo, para así partir de la base que es el encartado quien está al cuidado y protección de su compañera permanente, su hijo menor de edad y su señora madre, y que ostenta responsabilidades afectivas y financieras frente a ellos.

Pese a lo anterior, debe reiterarse que conforme ha sido expuesto en precedencia, la normativa que pretende aplicarse consagra dicho derecho para aquel 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 vulnerabilidad; lo cual no resultó probado en este caso, pues se itera, 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 el cuidado y la manutención de su compañera permanente, su hijo menor de edad y de su señora madre, de quienes no se acreditó con suficiencia que definitivamente no existan otros integrantes de la familia que se encuentren en condiciones de velar por los derechos de los mismos.

* De los EMP con los que se cuentan y fueron presentados ante la primera instancia son unas historias clínicas y unas fotografías, elementos que de ninguna forma permiten dar fe absoluta de la condición de padre cabeza de familia del procesado frente a su núcleo familiar, conformado por él, su compañera permanente, su menor hijo y la señora madre de su pareja, sin que se haya hecho mayor mención por parte del Defensor en su discurso de la existencia de otros miembros de la red familiar de la señora BLANCA DEYSI CASTRO OSORIO, ni de la familia paterna del menor hijo de esta ciudadana, quien como se sabe, no es descendiente del procesado.
* Últimamente, no se puede desconocer 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, fue el mismo procesado quien decidió ejecutar una conducta ajena a la legalidad, al disponerse al ofrecimiento y venta de sustancia estupefacientes como marihuana y cocaína, con la que no solamente transgredió el ordenamiento jurídico, sino que quebrantó su núcleo familiar, sin importarle la suerte que correría su compañera permanente y quienes dependen de ella y se encuentran en situación de vulnerabilidad en el caso de ser descubierto por parte de las autoridades, tal y como ocurrió, 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 a aquellas personas frente a quien se predica que es padre cabeza de familia, 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.

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 de prisión intramural por prisión domiciliaria en favor del procesado CECC por detentar la supuesta condición de padre cabeza de familia.

Por tanto, al no hallarle la razón a los reproches que el recurrente ha formulado en contra de la sentencia confutada en lo que este punto respecta, la Sala confirmará el fallo opugnado.

# 2. Sobre la libertad condicional como mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad.

Mediante el presente cargo, indicó el recurrente que si bien el Sr. CECC se encontraba en libertad por vencimiento de términos, debía tenerse en cuenta que había purgado pena física por un término de 14 meses, y se le habían otorgado unos descuentos en el establecimiento penitenciario y carcelario de Santa Rosa de Cabal, con lo que había alcanzado a cumplir 17 meses de prisión y por tanto, había cumplido las 3/5 partes de la pena impuesta.

Para resolver el problema jurídico propuesto, la Colegiatura considera pertinente hacer un somero y breve estudio sobre las características del mecanismo sustitutivo punitivo de la libertad condicional, para luego determinar si en efecto el Juzgado *A quo* estuvo o no atinado en la decisión opugnada.

La libertad condicional se encuentra contemplada en el artículo 64 del C.P. y constituye uno de los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad. En principio, según las voces del C.P.P. la competencia para resolver solicitudes de este tipo, radica en los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, no obstante, por vía jurisprudencial, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha dejado claro que el Juez de conocimiento también es competente para solucionar peticiones en ese sentido al momento de dictar sentencia, en virtud del artículo 451 del C.P.P.[[4]](#footnote-4), y como quiera que se trata una situación relativa a la libertad del procesado.

En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia ha establecido:

“(…) las personas privadas de la libertad en el marco de los procesos penales seguidos en su contra, tienen la potestad, cuando la sentencia de condena aún no se encuentra ejecutoriada -como en este caso, por cuanto, se encuentra en trámite de casación- de acudir ante el juez de conocimiento buscando la concesión de los mecanismos sustitutivos de la pena como lo es *la libertad condicional provisional*, de conformidad con una interpretación sistemática del artículo 64 del Código Penal[[5]](#footnote-5) y de los artículos 40[[6]](#footnote-6) y 190 de la Ley 906 de 2004, de los cuales, el tercer canon de la última norma dispone que: «*Durante el trámite del recurso extraordinario de casación lo referente a la libertad y demás asuntos que no estén vinculados con la impugnación, serán de la exclusiva competencia del juez de primera instancia*».

30. La referida postura, que reitera en esta ocasión la Sala, encuentra sustento en la pacífica jurisprudencia de esta Corporación, (CSJ AP6085-2017, 13 sep. 2017, SP1207-2017, rad. 45900, 1 feb. 2017, CSJ AP4315-2016, rad. 48310, 6 jul. 2016, AHP1009-2022, rad. 61200, 14 mar. 2022, STP14844-2021, rad. 119860, 21 oct. 2021, AHP3013 – 2021, rad. 59909, 26 ju. 2021, CSJ AHP7019-2016, rad. 49070, entre otras), según la cual:

[…] *durante el trámite del proceso penal y hasta tanto no se haya emitido declaración de responsabilidad penal en contra del acusado, la única autoridad judicial facultada para afectar su libertad personal u otros derechos fundamentales, es el Juez de Control de Garantías, tal como lo establecen los artículos 306, 308 y 318 de la Ley 906 de 2004.* ***Empero, una vez proferida condena, así no se encuentre en firme, lo atinente a la libertad del sentenciado le compete decidirlo al juez de conocimiento, según lo prevé el artículo 40 del mismo compendio normativo así****:*

*«Anunciado el sentido del fallo, salvo las excepciones establecidas en este código, el juez de conocimiento será competente para imponer las penas y medidas de seguridad»*

*Adicionalmente, es oportuno precisar que* ***una vez se haya anunciado el sentido de fallo condenatorio, toda pretensión relacionada con la libertad del procesado, deberá ser estudiada a la luz de los requisitos legales exigidos para la concesión de los subrogados y sustitutos penales, en el entendido que ya en ese estadio procesal, la reclusión del penalmente responsable sólo se justifica en función del cumplimiento de la sanción impuesta****. De suerte que, mientras cobra ejecutoria el fallo condenatorio, la competencia para resolver ese tipo de peticiones radica en el juez de conocimiento y una vez en firme la condena las mismas deberán ser resueltas por el juez de ejecución de penas.* (Resaltado ajeno al texto original).”[[7]](#footnote-7).

Estando clara la competencia del Juez de conocimiento para resolver en la sentencia lo atinente a la libertad condicional, se tiene que, para su concesión, se deben verificar los siguientes requisitos:

“ARTÍCULO 64. LIBERTAD CONDICIONAL. El juez, previa valoración de la conducta punible, concederá la libertad condicional a la persona condenada a pena privativa de la libertad cuando haya cumplido con los siguientes requisitos:

1. Que la persona haya cumplido las tres quintas (3/5) partes de la pena.

2. Que su adecuado desempeño y comportamiento durante el tratamiento penitenciario en el centro de reclusión permita suponer fundadamente que no existe necesidad de continuar la ejecución de la pena.

3. Que demuestre arraigo familiar y social.

Corresponde al juez competente para conceder la libertad condicional establecer, con todos los elementos de prueba allegados a la actuación, la existencia o inexistencia del arraigo.

En todo caso su concesión estará supeditada a la reparación a la víctima o al aseguramiento del pago de la indemnización mediante garantía personal, real, bancaria o acuerdo de pago, salvo que se demuestre insolvencia del condenado.

El tiempo que falte para el cumplimiento de la pena se tendrá como periodo de prueba. Cuando este sea inferior a tres años, el juez podrá aumentarlo hasta en otro tanto igual, de considerarlo necesario.”

Así las cosas, no basta con que el sentenciado cuente con las 3/5 partes cumplidas de la pena impuesta, sino que, el Juez debe verificar si el comportamiento y el desempeño del procesado se puede considerar como adecuado, de manera que tal que le permitan inferir que no es necesaria su reclusión en un establecimiento carcelario, siendo además importante, que se demuestre un arraigo y la reparación a la víctima, con el fin de que pueda concederse la libertad condicional dentro de un proceso judicial.

En concordancia con lo anterior, es claro que este mecanismo es propio de la fase penitenciaria y se genera como consecuencia del purgamiento de una pena. Bajo esta perspectiva, para una persona que se encuentre en libertad, no es viable estudiar la concesión o no de la libertad condicional, pues se trata de un mecanismo que parte de la privación de la libertad.

Aterrizado lo anterior al caso concreto, se tiene que el Juzgado de primera instancia, de manera general se refirió a la concesión de subrogados y sustitutos penales, procediendo a su negativa bajo el argumento de que en el presente asunto no se satisfacía el factor objetivo exigido en el artículo 63 del C.P. pues para el delito por el cual fue condenado, existe una expresa prohibición legal, el cual se encuentra excluido de cualquier beneficio liberatorio, conforme a lo señalado en el artículo 68A ibidem.

Frente a ello, la Sala estima que para el caso concreto del ciudadano CECC quien se encuentra en libertad dado que se venció el término máximo conque contaba la judicatura para resolver su situación jurídica definitiva, no es viable proceder al estudio de la concesión de la libertad condicional, dado que, como se anotó, se trata de un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad que surge es con ocasión, precisamente, de la privación de la libertad de un ciudadano.

De otro lado, es importante mencionar que frente a la solicitud específica de Defensor, no se allegaron elementos que permitiesen vislumbrar el cumplimiento de los requisitos de que trata el artículo 64 C.P., esto es, no se tiene constancia alguna de la redención que alega se le concedió a su prohijado, ni se tiene certeza del comportamiento que el ciudadano CECC desempeñó durante el tiempo que estuvo detenido, así como tampoco se demostró su arraigo, por lo que, en todo caso, de haber sido procedente su petición, no se hubiese podido estudiar por parte del Juzgado de conocimiento ni mucho menos por parte de esta Corporación.

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 conceder en favor del procesado CECC, la libertad condicional, específicamente, al no ser procedente el estudio de la misma dada la condición de libertad en la que se encuentra dicho ciudadano.

En suma, al no hallarle la razón a los reproches que el recurrente ha formulado en contra de la sentencia confutada, la Sala confirmará el fallo opugnado en todo aquello que fue objeto de la inconformidad expresada por el apelante.

Por lo expuesto en precedencia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Penal # 4, administrando justicia en nombre de la República y por mandato de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, en las calendas del 18 de noviembre de 2.024, dentro del devenir del proceso que se siguió en contra de CECC por incurrir en la comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

**SEGUNDO: DECLARAR** que en contra de la presente sentencia de 2ª Instancia procede el recurso de casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado dentro de las oportunidades de ley.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**Magistrado**

**CON FIRMA ELECTRÓNICA**

**JAIRO MAURICIO CARVAJAL BELTRÁN**

**Magistrado**

**CON FIRMA ELECTRÓNICA**

**CARLOS ALBERTO PAZ ZÚÑIGA**

**Magistrado**

**CON FIRMA ELECTRÓNICA**

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. [↑](#footnote-ref-3)
4. «ACUSADO PRIVADO DE LA LIBERTAD. El juez podrá ordenar su excarcelación siempre y cuando los cargos por los cuales fue encontrado culpable fueren susceptibles, al momento de dictar sentencia, del otorgamiento de un subrogado penal.». [↑](#footnote-ref-4)
5. ARTÍCULO 64. LIBERTAD CONDICIONAL. El juez, previa valoración de la conducta punible, concederá la libertad condicional a la persona condenada a pena privativa de la libertad cuando haya cumplido con los siguientes requisitos: [↑](#footnote-ref-5)
6. ARTÍCULO 40. COMPETENCIA PARA IMPONER LAS PENAS Y LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD. Anunciado el sentido del fallo, salvo las excepciones establecidas en este código, el juez del conocimiento será competente para imponer las penas y las medidas de seguridad, dentro del término señalado en el capítulo correspondiente. [↑](#footnote-ref-6)
7. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 31 de enero de 2.024. SP125-2024. Rad. # 58755. [↑](#footnote-ref-7)