



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Tribunal Superior del Distrito Judicial

Secretaría Sala Penal

Neiva – Huila

Neiva, 28 de febrero de 2023
Oficio N° 609

Señor
OSCAR ALIRIO SANCHEZ SANCHEZ
Calle 48 C sur No. 7- 22 este Barrio Antioquia
Bogotá D.C

REFERENCIA: Proceso seguido contra OSCAR ALIRIO SANCHEZ SANCHEZ, delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

Comendidamente me permito comunicarle que mediante fallo proferido de manera virtual de la fecha de veintidós (22) de febrero de 2023, proferida dentro de la causa de la referencia, la Sala Cuarta de Decisión Penal de esta Corporación, dispuso lo siguiente:

“...**PRIMERO: CONFIRMAR**, en lo que fue objeto de apelación, la sentencia de fecha y origen anotados, a través de la cual fue condenado ÓSCAR ALIRIO SÁNCHEZ SÁNCHEZ, de acuerdo con los argumentos esbozados en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO:** Esta providencia se notifica en estrados y en forma virtual, sin perjuicio de acudir a la previsión del inciso 3° del artículo 169 del Código de Procedimiento Penal. **TERCERO:** Contra este fallo procede el recurso de casación que podrá ser interpuesto dentro de los cinco (5) días siguientes a la última notificación y en un término posterior común de treinta (30) días se presentará la demanda, conforme lo establece el artículo 98 de la ley 1395 de 2010, modificatorio del artículo 183 de la ley 906 de 2004...”

Atentamente,


DIANA MARCELA SIERRA ANDRADE
Escribiente



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL SALA CUARTA DE DECISIÓN PENAL

MAG. PONENTE:	JUANA ALEXANDRA TOBAR MANZANO
RADICACIÓN:	41016-60-00-000-2022-00001-01
PROCESADO:	ÓSCAR ALIRIO SÁNCHEZ SÁNCHEZ
DELITO:	Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes
ASUNTO:	Sentencia condenatoria
PROCEDENCIA:	Juzgado Segundo Penal del Circuito de Neiva –(H). -
APROBADO:	Acta No. 0208
DECISIÓN:	Confirma

Neiva, veintidós (22) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

I. ASUNTO

Resuelve el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica, contra la sentencia condenatoria que el veintisiete (27) de septiembre de 2022 emitiera el Juzgado Segundo Penal del Circuito–H.-, mediante la cual condenó al señor ÓSCAR ALIRIO SÁNCHEZ SÁNCHEZ a las penas principales de 64 meses de prisión y 667 S.M.L.M.V de multa como coautor responsable del delito de *tráfico, fabricación o porte de estupefacientes*, y como accesoria la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, negando los beneficios de suspensión de la pena y la prisión domiciliaria como sustituto y como padre cabeza de familia.

II. LOS HECHOS

Los sintetiza el *a quo*¹ destacando, que

*“Según se pudo demostrar con los elementos materiales de prueba aportados por la fiscalía delegada, los hechos tuvieron ocurrencia el día seis (6) de mayo de 2020, a eso de la 22:50 horas, a la altura del kilómetro 33+250mts vía Neiva-Castilla, cuando fuera capturado en flagrancia el señor **OSCAR ALIRIO SÁNCHEZ SÁNCHEZ**, mientras conducía el vehículo de placas BLA-175, y como pasajero lo acompañaba Alexis René Gualteros Sánchez, y fuera encontrada en la llanta de repuesto del vehículo siete (7) paquetes con una sustancia positiva para marihuana, y en el tanque de la gasolina, se hallaron cuarenta y ocho (48) paquetes, que igualmente resultaron positivos para la misma sustancia (marihuana). El peso neto de la totalidad de sustancia incautada arrojó 27.372 gramos.”.*

III. ACTUACIÓN PROCESAL

- Ante el Juzgado Único Promiscuo Municipal con Función de Control de Garantías de Aipe – H., el 08 de mayo de 2020, se realizaron las audiencias preliminares, diligencias en las que se formuló la imputación a ÓSCAR ALIRIO SÁNCHEZ SÁNCHEZ y Alexis René Gualteros Sánchez, por el delito de *tráfico, fabricación o porte de estupefacientes* (art. 376 inciso 1º C.P.) a título de dolo en calidad de coautor; cargos que no aceptó, imponiéndosele medida de aseguramiento de detención preventiva en su lugar de residencia.

¹ Folio 1, archivo 10 del expediente digital.

- Radicado el escrito de acusación, el conocimiento del asunto le correspondió al Juzgado Segundo Penal del Circuito de esta ciudad, despacho que señaló la fecha del 31 de mayo de 2022 para llevar a cabo la correspondiente audiencia de formulación, sin embargo, en la referida data la Fiscalía solicitó la variación de la diligencia con el fin de presentar un preacuerdo suscrito con el procesado SÁNCHEZ SÁNCHEZ, quien fue debidamente asistido por su Defensor, consistente en reconocer un rebaja de la mitad de la pena a imponer, tasando una sanción de 64 meses de prisión y 667 S.M.L.M.V de multa, negociación que fue aprobada en la misma diligencia.

- El 30 de agosto de 2022, se llevó a cabo la audiencia de traslado del 447 y el 27 de septiembre siguiente se dio lectura a la sentencia condenatoria, la que, al resultar apelada por la defensa del acusado, ahora concita la atención del Tribunal.

IV. LA SENTENCIA DE PRIMER GRADO²

Teniendo en cuenta el marco fáctico y jurídico del preacuerdo, el Juzgado de conocimiento profirió sentencia condenatoria en contra de JAVIER ANDRÉS MENDIETA SÁNCHEZ, imponiéndole las penas acordadas por las partes previa aplicación de la rebaja pertinente correspondiente a 85.33 meses de prisión y multa de 889.33 S.M.L.M.V. Igualmente, la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena corporal, reconociendo como parte de la pena de prisión, el tiempo

² Archivo 10 del expediente digital.

que el sentenciado ha permanecido bajo medida de detención preventiva por esta causa como parte de la pena de prisión.

Frente a los sustitutos penales, refirió no ser procedentes la suspensión de la ejecución de la pena, ni la prisión domiciliaria consagradas en los artículos 63 y 38B del C. Penal, en razón a que el delito se encuentra dentro de las prohibiciones de que trata el inciso 2º del artículo 68A del C. Penal.

En lo que fue objeto de apelación, el A quo negó la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia por no cumplirse en este caso las exigencias del artículo 2 de la Ley 82 de 1993, ya que no se requiere solamente ejercer la jefatura del hogar y tener a cargo su hijo menor D.S., sino que se advierta la ausencia permanente de la progenitora de su descendiente, deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.

V. LOS FUNDAMENTOS PARA RECURRIR³

La defensa del sentenciado SÁNCHEZ SÁNCHEZ se mostró inconforme con la decisión del *a quo* al negarle los subrogados reclamados a su agenciado. En relación a la prisión domiciliaria, precisó que aunque el delito por el cual fue condenado está excluido de beneficios según el artículo 68 A del Código Penal, deben analizarse los siguientes exigencias, *“a) Daño efectivo a la sociedad, b) Capacidad de afectación a la integridad física de la víctima, c) Condiciones de indefensión de la víctima, d) Cantidad transportada en cuanto a la tasación de la pena o establecimiento de la medida o tiempo de prisión, y e)*

³ Archivo 12 del expediente digital.

Elementos con los que se constituyen la transgresión legal”, las que al encontrarse superadas, hacen procedente el mecanismo reclamado, máxime que se cumplen los requisitos del artículo 38 B ibídem.

Estimó que se demostró a cabalidad la condición de padre cabeza de familia, allegando a la actuación los elementos probatorios a través de los cuales, se acreditó el arraigo de ÓSCAR ALIRIO y que es el precitado quien garantiza las necesidades de su hijo D.S. y de su nieto D.A. a quienes brinda apoyo económico y vela por su cuidado.

Agregó que las condiciones de los establecimientos carcelarios brindan las condiciones necesarias para cumplir una pena de prisión que puede ejecutarse en su residencia, especialmente si se cumplen las exigencias para acceder a las prerrogativas reclamadas.

Por lo anterior, pidió *“se revoque la decisión adoptada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Neiva en el sentido y exclusivamente en el numeral que NEGO la concesión de la PRISIÓN DOMICILIARIA al señor Oscar Alirio Sánchez Sénchez”* (Sic a lo transcrito).

VI. EL TRASLADO A LOS NO RECURRENTES⁴

Dentro del término legal establecido con tal finalidad en el artículo 179 del C. P. Penal, no se presentó manifestación alguna.

⁴ Archivo 14 del expediente digital.

VII. CONSIDERACIONES

Sea lo primero precisar la competencia que le asiste al Tribunal para conocer del recurso de apelación impetrado, en atención a lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 34 del C. de Procedimiento Penal, que le asigna el conocimiento de la alzada contra las sentencias que en primera instancia profieran los jueces del circuito y las dictadas por los municipales del mismo distrito.

Advierte la Sala, que se abordará la apelación de acuerdo a los principios que la rigen, como es ceñir la decisión al estudio de los aspectos que son materia de inconformidad extendiéndola a los asuntos que resulten inescindiblemente vinculados.

Atendiendo el principio de limitación de la segunda instancia, por haber sido el único objeto de apelación, la Sala circunscribirá su análisis a verificar si erró o no la primera instancia al negar la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia a ÓSCAR ALIRIO SÁNCHEZ SÁNCHEZ y la prisión domiciliaria como sustituto de la prisión en centro carcelario de que trata el artículo 38 del Código Penal.

Con miras a resolver el recurso, obsérvese que el recurrente sustenta su pretensión, reclamando de manera confusa, la presencia de las exigencias para sustituir a su mandante, el cumplimiento de la pena en establecimiento carcelario, por la del lugar de residencia, teniendo en cuenta además su condición de padre cabeza de familia, al considerar satisfechos los presupuestos legales que regulan el instituto a quien pretenda gozar de dicha gracia, además de que también se encuentran satisfechas las exigencias de la prisión

domiciliaria del artículo 38 B del Código Penal, pese a la prohibición legal descrita en el artículo 68 A *ibídem*.

Indíquese que, el *a quo* negó otorgar específicamente el sustituto de la prisión domiciliaria, en atención de no tener el sentenciado SÁNCHEZ SÁNCHEZ, la condición de padre cabeza de familia conforme lo demanda el artículo 2 de la ley 82 de 1993, resultando improcedente el reconocimiento de tal instituto bajo las exigencias establecidas en esa legislación. En relación a las exigencias de la prisión domiciliaria de que trata el artículo 38 B del Código Penal, precisó que el delito por el cual es sentenciado ÓSCAR ALIRIO, prohíbe la concesión de la prisión domiciliaria, por encontrarse enlistado en el inciso 2 del artículo 68A del Código Penal.

i) En aras de resolver el pedido de la defensa, en punto al reconocimiento del referido sustituto regulado debe señalarse que el artículo 1º de la Ley 750 de 2002, extendió dicha forma de purgar la pena a unos destinatarios específicos: La mujer o el hombre cabeza de familia, este último por vía de extensión en la sentencia de la Corte Constitucional C- 184 del 4 de marzo de 2003, siempre que se cumplan simultáneamente las precisas exigencias previstas por esa norma, entre ellas que el delito cometido no esté excluido para la concesión de este beneficio por el legislador; que el sentenciado no registre antecedentes penales; que se trate de mujer u hombre cabeza de familia; y que el desempeño personal, laboral, familiar o social del condenado permita al juez deducir seria y fundadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena.

Sobre los anteriores requerimientos, destáquese en primer término que a ÓSCAR ALIRIO SÁNCHEZ SÁNCHEZ, se le condenó por el punible de *tráfico, fabricación o porte de estupefacientes* conducta no excluida del beneficio invocado, como quiera que no se trata de delitos de genocidio, homicidio, delitos contra las cosas o personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, extorsión, secuestro o desaparición forzada, o para quienes registren antecedentes penales, salvo por delitos culposos o delitos políticos, conforme se contiene la mencionada Ley 750 de 2002.

Igualmente y de acuerdo a los elementos materiales probatorios que obran dentro del proceso, SÁNCHEZ SÁNCHEZ carece de antecedentes penales⁵, acorde con lo establecido por el artículo 248 de la Carta Política, por lo que tal exigencia también se cumple a cabalidad.

Sin embargo, no ocurre lo mismo en punto al requisito de ostentar el procesado la condición de padre cabeza de familia, toda vez que para acceder a este sustituto de la pena se requiere a quien así lo aduzca, no solamente ejercer la jefatura de hogar, sino tener bajo su cuidado hijos menores u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar por las específicas circunstancias que consagra el inciso 2º del artículo 1º de la Ley 1232 de 2008, que modificó el artículo 2º de la Ley 82 de 1993, donde establece que:

“(…) es mujer cabeza de familia, quien siendo soltera o casada, ejerza la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces

⁵ Archivo Digital No. 30 Expediente electrónico

o incapacitados 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.

PARÁGRAFO. *La condición de Mujer Cabeza de Familia y la cesación de la misma, desde el momento en que ocurra el respectivo evento, deberá ser declarada ante notario por cada una de ellas, expresando las circunstancias básicas del respectivo caso y sin que por este concepto se causen emolumentos notariales a su cargo". (Destacado y subrayado fuera de texto)*

Sobre el tema en sentencia SU-389 de 2005 reiterada entre otros, en el fallo de Tutela T- 693 - 2010, el Alto Tribunal Constitucional, sostuvo:

"La Corte manifestó que será tenido como padre cabeza de familia, no solo el que provea los recursos económicos para asegurar unas condiciones mínimas de subsistencia de sus hijos, sino aquél que demuestre ante las autoridades competentes, que cumplía con algunas de las siguientes condiciones":

"(i) Que sus hijos propios, menores o mayores discapacitados, estén a su cuidado, que vivan con él, dependan económicamente de él y que realmente sea una persona que les brinda el cuidado y el amor que los niños requieran para un adecuado desarrollo y crecimiento; que sus obligaciones de apoyo, cuidado y manutención sean efectivamente asumidas y cumplidas, pues se descarta todo tipo de procesos judiciales y demandas que se sigan contra los trabajadores por inasistencia de tales compromisos.

(ii) Que no tenga alternativa económica, es decir, que se trate de una persona que tiene el cuidado y la manutención exclusiva de los niños y que en el evento de vivir con su esposa o compañera, ésta se encuentre incapacitada física, mentalmente o moralmente, sea de la tercera edad, o su presencia resulte totalmente indispensable en la atención de hijos menores enfermos,

discapacitados o que médicamente requieran la presencia de la madre.

(iii) Lo anterior, sin perjuicio de la obligación que le asiste de acreditar los mismos requisitos formales que la Ley 82 de 1993 le impone a la madre cabeza de familia para demostrar tal condición. En efecto, de conformidad con el parágrafo del artículo 2 de la Ley 82 de 1993: “esta condición (la de mujer cabeza de familia y en su caso, la del hombre cabeza de familia) y la cesación de la misma, desde el momento en que ocurra el respectivo evento, deberá ser declarada por la mujer cabeza de familia de bajos ingresos ante notario, expresando las circunstancias básicas de su caso y sin que por este concepto, se causen emolumentos notariales a su cargo”.⁶ (resaltado fuera de texto)

De igual manera, en decisión del 10 de junio de 2020, la Corte Suprema de Justicia con ponencia de la doctora Patricia Salazar Cuellar, retomando la línea jurisprudencial sobre el tema, concluyó:

*“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)⁷. (Resaltado fuera del texto)*

Del análisis del caso concreto, el recurrente expresa en el libelo de sustentación del recurso que ÓSCAR ALIRIO SÁNCHEZ SANCHÉZ, es padre cabeza de familia, por cuanto tiene a su cargo a

⁶ SU-389 de 2005 (MP. Jaime Araújo Rentería, AV. Jaime Araujo Rentería)

⁷ CSJ – Sala Casación Penal – SP 1251 – Radicación 55614- 10/06/2020 – MP. PATRICIA SALAZAR CUELLAR.

su hijo menor de edad D.S.S.M. y contribuye económicamente para el cuidado de su nieto D.A.D.S, siendo él quien vela por su sostenimiento y manutención, proporcionándoles además amor y cariño; por lo que ante la ausencia de una familia extensa que se pueda encargar de ella durante su estancia en reclusión, reiterando de esa manera la pretensión a ese respecto realizada en la audiencia del artículo 447 del C. P. Penal, modificado por el artículo 100 de la Ley 1395 de 2010.

Sin embargo, la defensa en esta última diligencia que tiene como finalidad individualizar pena y sentencia, ningún medio probatorio aportó para demostrar la ausencia de familia extensa ni cercana que pudiera hacerse a cargo del menor D.S.S.M. y de su nieto D.A.D.S, hallándose los citados bajo su cuidado no solamente de manutención sino también de prodigarle amor, siendo esta una carga procesal y probatoria en cabeza de la parte que peticiona el sustituto, sin que sea dable su presunción como lo refiere el apelante.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal -, en la sentencia No SP1251-2022, radicado 55.614, calendada el 10 de junio de 2020, Magistrada Ponente, Dra. Patricia Salazar Cuellar, señaló:

“No es cierto, como lo alega la censora, que el juez de conocimiento está en el deber de practicar pruebas de oficio a fin de establecer si el procesado se encuentra en condición de cabeza de familia para acceder, por esa especialísima vía, a la prisión domiciliaria. No. Además de que ésta procede a solicitud de parte, pues mal podría el juez conocer dicha circunstancia si los interesados no se lo dan a conocer, la lógica adversarial que rige el juicio igualmente aplica en el procedimiento para sentenciar, por lo que la defensa tiene la carga de acreditar los supuestos de hecho de la consecuencia jurídica que

reclama.”

En efecto con el registro civil de nacimiento con indicativo serial No. 56587658 a nombre del inscrito D.S.S.M. nacido el 14 de mayo de 2017, se establece que el niño menor de edad es hijo de ÓSCAR ALIRIO SÁNCHEZ SÁNCHEZ y María Anayiber Morales.

Por su parte las declaraciones extrajuicio de María Anayiber Morales Tique rendida ante la Notaría Primera del Círculo de Villa, da a conocer que ÓSCAR ALIRIO SÁNCHEZ SÁNCHEZ, padre del menor D.S.S.M., además *“concorre para la manutención del menor”* para lo cual aporta una suma mensual de \$300.000.

Se allegó igualmente el registro civil de nacimiento con indicativo serial No. 31096707 a nombre de la inscrita Yessica Natalia Sánchez Pineda, nacido el 3 de enero de 2002, hija ÓSCAR ALIRIO SÁNCHEZ SÁNCHEZ y Nancy Rocío Pineda González, al igual que el registro civil de nacimiento con indicativo serial No. 61251495 a nombre del inscrito D.A.D.S, nacido el 29 de septiembre de 2020, menor de edad, hijo de la joven Yessica Natalia.

También obra en el expediente una declaración extrajuicio rendida por la precitada, ante la Notaría Segunda del Círculo de Villavicencio (M), en la que refiere que su progenitor ÓSAR ALIRIO *“me colabora para la manutención de mi menor hijo D.A.D.S”* ya que es madre soltera.

Se incorporó igualmente otras dos declaraciones extrajuicio rendidas por los señores Nilson Antonio Matallana Sánchez y Elber Darío Matallana, ante las Notarías 25 y 54 del Círculo de Bogotá D.C.

respectivamente, en las que el primero de los citados refiere que ÓSCAR ALIRIO SÁNCHEZ SÁNCHEZ fue contratado por su empresa dedicada a la confección de ropa, agregando que es una persona honrada y trabajadora y sufraga las necesidades básicas de sus hijos. A su vez, el señor Elber Darío indicó que el hoy sentenciado ha cumplido a cabalidad las obligaciones impuestas con ocasión a la detención domiciliaria.

No obstante lo anterior, para la Sala no está plenamente demostrada la condición de padre cabeza de familia reclamada por el legislador a efectos de beneficiar al procesado OSCAR ALIRIO SÁNCHEZ SÁNCHEZ con el sustituto de la prisión domiciliaria, pues de acuerdo a los enunciados elementos materiales de prueba se puede deducir que él no es la única persona que brinda los cuidados y manutención a su menor hijo D.S. y su nieto D.A.D.S quienes cuentan con sus progenitoras María Anayiber Morales y Yessica Natalia Sánchez Pineda, respectivamente, sin que se evidencie que se encuentren en estado de abandono ni mucho menos vulnerados sus derechos.

Aunado a ello, se verifica la existencia de familia extensa como lo son los padres del procesado, Blanca Sánchez y Humberto Sánchez, así como los de la madre del menor D.S., o para el caso de la hija mayor de edad ,Yessica Natalia Sánchez Pineda, esta su progenitora Nancy Rocío Pineda González, de quienes no se probó hubiesen fallecido, o que padezcan de alguna enfermedad o discapacidad que les impida el despliegue de las actividades necesarias en pro del cuidado del menor de edad D.S. hijo del acusado o de su nieto D.A., y brindarles apoyo y protección, por

virtud del principio de solidaridad, contemplado en el artículo 95 de la Constitución Política.

Conforme a los parámetros legales enunciados y lo sostenido por la máxima autoridad Constitucional y de la Justicia Ordinaria, respecto a ser padre o la madre cabeza de familia, no debe limitarse a considerar esa condición a la persona a quien se encuentra al cuidado de los hijos u otras personas dependientes o soporte económicamente el hogar, estos aspectos han de valorarse de manera integral, mirando si quien reclama esa condición es el único que le brinda afecto, protección y cuidado y suple las necesidades básicas de quien se encuentra bajo su cargo, debiéndose establecer que los menores no se encuentre en abandono o desprotegidas, porque lo que se busca en este caso es proteger el interés superior del niño, niña, adolescente, discapacitado o persona de la tercera edad, mas no el interés de quien se haya privado de la libertad de manera legítima, porque una de las consecuencias precisamente para el sentenciado es la restricción de varios derechos, como es el de estar con su familia y participar de la educación, cuidado y formación de los hijos.

En este orden de ideas, de acuerdo con lo expuesto en precedencia, estima la Sala que no existe *“deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar”*, requisito necesario para otorgar a OSCAR ALIRIO SÁNCHEZ SÁNCHEZ el beneficio pretendido con el único propósito de salvaguardar los derechos de hijo y nieto, pues, se insiste, existen otros familiares con la capacidad de continuar cuidando de ellos.

Ahora, al analizar el desempeño personal, laboral, familiar o social del infractor, que permita a la autoridad judicial competente determinar que no pondrá en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo, hijos menores de edad o hijos con incapacidad mental permanente, que se establece en el inciso 2º del artículo 1º de la Ley 750 de 2002, resulta muy diciente el comportamiento denotado por el acusado frente al delito de *tráfico, fabricación o porte de estupefacientes*, actuar que va en contrasentido con las políticas estatales que propenden por la recuperación, rehabilitación y la resocialización del reo para su convivencia posterior en el entorno social, sin que para ello el sentenciado SÁNCHEZ SÁNCHEZ, tuviera ningún reparo al desprenderse de su prole, con el propósito de obtener beneficios tal vez económicos. De tal forma que, por la clase y gravedad del delito por el cual se le condenó tampoco se puede efectuar un pronóstico favorable a favor del sentenciado, en su convivencia con los menores no pondría en riesgo el interés superior del mismo, corriendo un serio peligro la integridad física y moral de los menores.

Resulta importante recordar que de tiempo atrás la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que:

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

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

En síntesis, no puede pensarse que la posibilidad de conceder el beneficio de la prisión domiciliaria, está supeditada únicamente a establecer, la condición de padre o madre cabeza de familia; conforme a las pautas jurisprudenciales también es menester verificar que el delito objeto de condena no es incompatible con el interés superior del menor, de tal manera que no se avizore peligro para su integridad física o moral”⁸. (Resaltado fuera de texto)

En el mismo precedente, refiriéndose a un caso similar, agregó la Alta Corporación:

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

No está por demás advertir, la Sala no desconoce que la presencia del padre en el hogar permitiría un mejor desarrollo de los menores, no obstante, debe reiterarse que la pena corporal impuesta deriva de un comportamiento desviado del acusado de gravedad, sin

⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 23 de marzo de 2011. Radicado No. 34784.

que sea factible, entonces beneficiarlo con el sustituto, salvo que acredite apremiantes condiciones de su prole, que se reitera, no se configuran en el presente caso, pues la atención especial que ellas requieren la pueden suplir los otros miembros de la familia, o en su defecto, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

ii) Ahora, en relación al instituto regulado en el artículo 38B del Código de las penas, es menester precisar para su reconocimiento se hace necesario que: (i) la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos; (ii) **no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2° del artículo 68A de la Ley 599 de 2000**; (iii) se demuestre el arraigo familiar y social del condenado; y (iv) garantice el beneficio mediante caución.

En este orden se establece, que en efecto, el delito de **tráfico, fabricación o porte de estupefacientes** (Art. 376 del Código Penal) por el cual fue sentenciado el procesado, se encuentra enlistado en el inciso 2 del artículo 68A del Código Penal, modificado por el artículo 32 de la Ley 1709 de 2014, este a su vez por el artículo 4° de La Ley 1773 de 2016 y la posterior modificación que se le realizara a la misma normativa a través del artículo 6° de la Ley 1944 de 2018—vigente para época de los hechos—, preceptiva que enseña:

“...No se concederán; la suspensión condicional de la ejecución de la pena; la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores.

*<Inciso modificado por el artículo 6 de la Ley 1944 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> Tampoco quienes hayan sido condenados por delitos dolosos contra la Administración Pública; delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario; delitos contra la libertad, integridad y formación sexual; estafa y abuso de confianza que recaiga sobre los bienes del Estado; captación masiva y habitual de dineros; utilización indebida de información privilegiada; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; soborno transnacional; violencia intrafamiliar; hurto calificado; abigeato enunciado en el inciso tercero del artículo [243](#); extorsión; homicidio agravado contemplado en el numeral 6 del artículo [104](#); lesiones causadas con agentes químicos, ácidos y/o sustancias similares; violación ilícita de comunicaciones; violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial; trata de personas; apología al genocidio; lesiones personales por pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro; desplazamiento forzado; tráfico de migrantes; testaferrato; enriquecimiento ilícito de particulares; apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan; receptación; instigación a delinquir; empleo o lanzamiento de sustancias u objeto peligrosos; fabricación, importación, tráfico, posesión o uso de armas químicas, biológicas y nucleares; **delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones**; (...)"*

En consecuencia, tal como lo señaló el A quo, no se cumple el requisito objetivo consagrado en el numeral 2º del artículo 38B ibídem, para otorgar la prisión domiciliaria, respectivamente, por tratarse la conducta endilgada al procesado de uno de los delitos que se incluyen en el inciso 2º del artículo 68A de la Ley 599 de 2000 como expresamente excluidos de tales beneficios, razón por la que no resulta procedente su otorgamiento⁹.

⁹ Ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 9 de febrero de 2011. Expediente 35603

En ese orden, ante la prohibición expresa para reclamar los reclamados mecanismos sustitutivos y el no cumplimiento de uno de los requisitos que el artículo 38B - 2 del C.P. consagra, innecesario se torna hacer un análisis sobre los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado para establecer si son indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena o la prisión domiciliaria, como lo peticiona el apelante.

Lo anterior resulta suficiente para que la Sala respalde la decisión de la primera instancia la cual se ajusta a la normatividad y jurisprudencia aplicable al caso concreto. En consecuencia, se procederá a confirmar la sentencia proferida el veintisiete (27) de septiembre de 2022 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Neiva.

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VIII.- RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR**, en lo que fue objeto de apelación, la sentencia de fecha y origen anotados, a través de la cual fue condenado ÓSCAR ALIRIO SÁNCHEZ SÁNCHEZ, de acuerdo con los argumentos esbozados en la parte motiva de esta decisión.

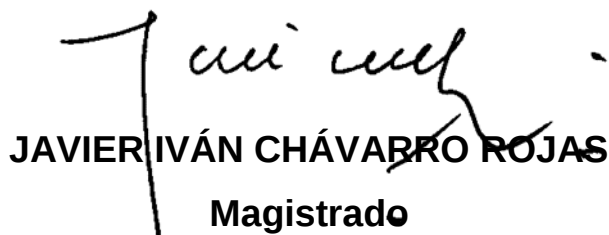
SEGUNDO: Esta providencia se notifica en estrados y en forma virtual, sin perjuicio de acudir a la previsión del inciso 3º del artículo 169 del Código de Procedimiento Penal.

TERCERO: Contra este fallo procede el recurso de casación que podrá ser interpuesto dentro de los cinco (5) días siguientes a la última notificación y en un término posterior común de treinta (30) días se presentará la demanda, conforme lo establece el artículo 98 de la ley 1395 de 2010, modificadorio del artículo 183 de la ley 906 de 2004.

La providencia queda notificada en estrados.

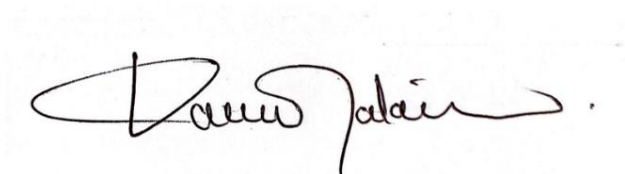
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JUANA ALEXANDRA TOBAR MANZANO
Magistrada
(Providencia virtual) ¹⁰


JAVIER IVÁN CHÁVARRO ROJAS
Magistrado

¹⁰ Se implantan firmas digitalizadas o escaneadas. Consejo Superior de la Judicatura. ACUERDO PCSJA20-11567 del cinco de junio de 2020. “**Artículo 22.** Aplicativos de recepción de tutelas y hábeas corpus y de firma electrónica. Mientras dure la suspensión de términos, así como cuando ésta se levante, el envío de acciones de tutela y hábeas corpus seguirá haciéndose de manera electrónica. **Para las firmas de los actos, providencias y decisiones se atenderá lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 491 de 2020 o las demás disposiciones que regulen el particular. Los servidores judiciales con condición de firmante institucional en la Rama Judicial harán uso de los mecanismos y herramientas de firma disponibles.**”

Contra: ÓSCAR ALIRIO SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes
Radicación: 41016-60-00-000-2022-00001-01
7877



INGRID KAROLA PALACIOS ORTEGA

Magistrada



LUISA FERNANDA TOVAR HERNÁNDEZ

Secretaria

RADICADO AL TOMO: _____ FOLIO: _____ del libro de sentencias penales