

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
PEREIRA - RISARALDA
SALA DE DECISIÓN PENAL
DESPACHO NO. 003**

M.P. JULIÁN RIVERA LOAIZA¹

Pereira, Risaralda, mayo doce (12) de dos mil veintitrés (2023)
Proyecto aprobado por Acta No. 484
Hora: 1:50 PM

Radicación: 66001 6000 035 2021 00046 01
Procesado: José Armando Caballero García
Delito: Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes Artículo 376 del C.P.

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

La Sala resuelve el recurso de apelación presentado por el Dr. Fabio Marín González, defensor Público del señor JOSÉ ARMANDO CABALLERO GARCÍA, en contra de la sentencia emitida el veintiocho (28) de Septiembre de dos mil veintidós (2022) por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de Pereira (Risaralda), dentro de proceso adelantado en contra del mencionado procesado, por el delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

II. ACLARACION INICIAL

Es necesario indicar que quien actúa como Magistrado ponente de esta decisión fue nombrado por la Honorable Corte Suprema de Justicia en propiedad, en el Despacho 003 de la Sala, mediante Acuerdo No. 1544 del 18 de febrero de 2021, tomando posesión del cargo el nueve (9) de abril de dos mil veintiuno (2021) mediante Acta No. 094, recibiendo a esa fecha, un aproximado de cuatrocientos (400) procesos penales en conocimiento y ciento veinte (120) cuadernos de tutela de segunda instancia vencidos, dentro de los que se encontraba el presente asunto.

La razón por la que se adopta esta decisión obedece a la gran cantidad de procesos de Ley 906 de 2004 (con persona privada de la libertad), próximos a prescribir que debían fallarse de manera inmediata, solicitudes de libertad, como también asuntos Constitucionales que demandaron en su momento, mayor prioridad, de acuerdo al gran cumulo de asuntos que se encontraban en el Despacho al posesionarse el suscrito.

¹ Nombrado en propiedad ante esta Corporación mediante Acuerdo No. 1544 del 18 de febrero de 2021 por la H. Corte Suprema de Justicia, tomando posesión del cargo el nueve (09) de abril de dos mil veintiuno (2021) mediante Acta No. 094, dentro de los términos establecidos por la Ley.

Sentencia penal de segunda instancia
Radicado: 66001 60 00 035 2021 00046 01
Procesado: José Armando Caballero García
Delito: Tráfico, Fabricación, o Porte de Estupefacientes
Decisión: Confirma negativa prisión domiciliaria Ley 750 de 2002.
M.P. Julián Rivera Loaiza

Al momento de recibir el Despacho 003 fue necesario organizar el inventario de asuntos, pues el que había no obedecía a criterios que permitieran conocer la realidad del estado de la oficina, a lo que se suma que al atraso de varios años se sumaba que la mayoría de expedientes en materia penal no contaban con los registros orales de las audiencias respectivas, por lo que el Despacho tuvo que comenzar a requerir el envío de tales registros, lo que ha sido difícil y dispendioso, ya que muchos de esos registros corresponden a audiencias realizadas años atrás. A esto debe agregarse que muchos casos con personas privadas de la libertad estaban cerca de la prescripción de la acción penal, por lo que hubo que enfocar todos los esfuerzos en la atención de tales asuntos, en particular casos en los que las víctimas son menores de edad y los delitos imputados correspondían al título de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales. Y, como muchos asuntos penales que ingresaron desde el inicio de la pandemia correspondían a expedientes electrónicos, la organización del inventario conllevó la necesaria organización de estos asuntos y su revisión para saber su estado y si los mismos contaban con toda la información requerida para entrar a resolverlos con la decisión pertinente.

También hay que agregar que al anterior trabajo se sumó la actividad orientada a escanear los expedientes físicos para digitalizarlos y contar con los mismos en versión electrónica, lo que conllevó un trabajo de varios meses que tuvo que asumir el Despacho 003.

Lo anotado hizo que se prolongaran los tiempos para tomar las decisiones pertinentes en la mayoría de los asuntos, dado su mayor o menor complejidad, el volumen de la prueba, los intereses jurídicos involucrados y la naturaleza de los asuntos.

Debido a ello, y atendiendo a la congestión judicial que presenta el Despacho 003, se procede, en la fecha, a emitir una decisión sobre el asunto, en los siguientes términos.

III. IDENTIDAD DEL PROCESADO

JOSÉ ARMANDO CABALLERO GARCÍA, identificado con cédula de ciudadanía N° 79.978.531 expedida en Bogotá –Cundinamarca-, ciudad en la que nació el 21 de enero de 1981, hijo de Héctor y Orocia, estado civil unión libre, bachiller, de ocupación conductor. Residente para la fecha de los hechos en la calle 38 Sur número 12-14 Nueva España.

IV. ANTECEDENTES

A) Fundamentos fácticos

Como quiera que el presente asunto término en virtud de preacuerdo, nos permitimos transcribir los hechos descritos en la sentencia de primera instancia:

“El día 10 de enero de 2021, siendo las 20:21 horas, en el sector del kilómetro 86 vía Andalucía “Y” de cerritos vía pública de esta municipalidad, fue capturado el señor JOSE ARMANDO CABALLERO GARCIA, quien se movilizaba en el vehículo de placas SVC 299, color blanco, de servicio público, se le hizo la señal de pare, se le solicitó al conductor CABALLERO GARCIA, un registro, al abrir el furgón, expele un fuerte olor a estupefaciente, al observar el techo del camión tiene una carpa color negro, al quitar

Sentencia penal de segunda instancia
Radicado: 66001 60 00 035 2021 00046 01
Procesado: José Armando Caballero García
Delito: Tráfico, Fabricación, o Porte de Estupefacientes
Decisión: Confirma negativa prisión domiciliaria Ley 750 de 2002.
M.P. Julián Rivera Loaiza

la carga se hallan la cantidad de trescientos ochenta y cinco (385) paquetes color negro, los cuales contenían material verde seco, que fue identificado preliminarmente como cannabis sativa (marihuana), arrojando un peso neto de ciento noventa y ocho mil quinientos gramos (198.500)..”

B) Actuación procesal

La audiencia preliminar de legalización de captura del señor JOSÉ ARMANDO CABALLERO GARCÍA, se realizó el 11 de enero de 2021, ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Dosquebradas. En dicha oportunidad, la Fiscalía le imputó cargos por el delito de FABRICACIÓN, TRÁFICO O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, descrito en el artículo 376 del C.P., verbo rector transportar, cargos que no fueron aceptados por el procesado. Se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario. El 19 de agosto del mismo año es dejado en libertad por vencimiento de términos.

El conocimiento del asunto correspondió al Juzgado Cuarto Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de Pereira (Risaralda), la audiencia de formulación de acusación se realizó el 26 de abril de 2021, el 27 de julio de 2022, fecha programada para la audiencia preparatoria, la fiscalía presentó preacuerdo consistente en que el procesado acepta los cargos como autor del delito contra la salud pública, y a cambio únicamente para efectos punitivos se degrada la forma de participación de autor a cómplice, con rebaja equivalente al 50%, para una pena de 64 meses de prisión y multa de 667 S.M.L.M.V. La negociación es aprobada por el funcionario de conocimiento.

El traslado de que trata el artículo 447 del C.P.P se realizó el 28 de septiembre de 2022, acto seguido se dio lectura del fallo, la defensa interpuso el recurso de apelación.

V. LA PROVIDENCIA APELADA:

El Juez Cuarto Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de Pereira, mediante sentencia del 28 de Septiembre de 2022, resolvió condenar al señor JOSÉ ARMANDO CABALLERO GARCÍA, a la pena principal de SESENTA Y CUATRO (64) MESES DE PRISION, y multa de 667 S.M.L.M.V., al encontrarlo penalmente responsable en virtud de preacuerdo como autor penalmente responsable del delito de FABRICACIÓN, TRÁFICO O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, descrito en el artículo 376 del C.P., verbo rector transportar, y a la pena accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la pena principal, negándose a su vez el subrogado de la suspensión de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, así como también la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia.

Contra la anterior decisión la defensa interpuso el recurso de apelación.

Sentencia penal de segunda instancia
Radicado: 66001 60 00 035 2021 00046 01
Procesado: José Armando Caballero García
Delito: Tráfico, Fabricación, o Porte de Estupefacientes
Decisión: Confirma negativa prisión domiciliaria Ley 750 de 2002.
M.P. Julián Rivera Loaiza

VI. EL RECURSO DE APELACIÓN:

Señaló el defensor del procesado que entiende que hay ciertas prohibiciones de orden legal, no obstante, insiste en que el menor hijo del procesado quedaría en estado de desprotección y abandono. Que si bien es cierto la custodia del menor le fue otorgada a su prohijado con posterioridad a la celebración del preacuerdo, no fue un acto de oportunismo para engañar a la judicatura, se realizó el documento porque era necesario legalizar la situación del menor, documentación que por costumbre muchas personas no realizan.

Que si bien se fijó una cuota de alimentos la madre del menor nunca la ha dado, y simplemente se consignó en el acta esta situación pues debía pactarse, pero eso no se cumple ni se cumplirá.

Solicita se considere que el señor JORGE ARMANDO ha estado prestó a colaborar con la justicia, no representa un peligro para la sociedad y su hijo requiere su presencia, por lo que solicita a la segunda instancia se revoque la decisión del A-quo y en su lugar se conceda la prisión domiciliaria al procesado en beneficio del menor hijo del procesado.

La representante de la Fiscalía como no recurrente coadyuva la petición de la defensa.

VII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

7.1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer la apelación propuesta, en atención a lo dispuesto en los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906 de 2004.

7.2. Principio de Limitación

En su labor, la Sala se limitará a estudiar los aspectos objetivos planteados por los recurrentes en su alzada y aquellos que se encuentren estrictamente relacionados con tales postulados, sin desconocer lo preceptuado en el artículo 31 de la carta fundamental y el 20 de la Ley 906 de 2004.

7.3. Problema jurídico a resolver

De conformidad con el objeto de apelación, corresponde a la Sala estudiar si el procesado JOSÉ ARMANDO CABALLERO GARCÍA, ostenta la calidad de padre cabeza de familia que permita entenderlo acreedor a la prisión domiciliaria contenida en el artículo 1° de la Ley 750 de 2002.

7.4 La Prisión Domiciliaria

La figura de prisión domiciliaria, se trata de un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad en establecimiento penitenciario o de reclusión, que consiste en que una pena

que comporta la privación de la libertad, no sea cumplida en centro penitenciario sino en el domicilio del penado.

A la luz de nuestro ordenamiento jurídico la prisión domiciliaria tiene tres modalidades, la simple, establecida en el artículo 38B de la Ley 599 de 2000, bajo el cumplimiento de requisitos de orden objetivo y subjetivo; la derivada de la condición de padre o madre cabeza de familia, desarrollada en la Ley 750 de 2002 Art. 1 (madre cabeza de familia) y la sentencia C-184 de 2003 de la Corte Constitucional; y la denominada y la tercera corresponde a la creada a través del Art. 28 de la Ley 1709 de 2014, que adicionó el Art. 38G al Código Penal. Conforme a la alzada propuesta por la defensa del señor JOSÉ ARMANDO CABALLERO GARCÍA, en esta oportunidad analizaremos la procedencia de la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia.

7.5 De la Calidad de Padre Cabeza de Familia

Atendiendo el pedido del apoderado del procesado JOSÉ ARMANDO CABALLERO GARCÍA, deviene oportuno recordar que, la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, ha decantado los presupuestos aplicables para decidir sobre la prisión domiciliaria, para personas cabeza de familia, señalándose²:

“... Recientemente, a través de la SP4945-2019, rad. 53.863, la Sala fijó las reglas aplicables para decidir sobre la prisión domiciliaria especial para personas cabeza de familia. A continuación se reproducirán las premisas pertinentes para resolver en el presente asunto.

4.2.2.1. La definición de madre -o padre- cabeza de familia

“Al respecto, el art. 2º de la Ley 82 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 1232 de 2008, establece lo siguiente:

Jefatura Femenina de Hogar. *Para los efectos de la presente ley, la Jefatura Femenina de Hogar es una categoría social de los hogares, derivada de los cambios socio-demográficos, económicos, culturales y de las relaciones de género que se han producido en la estructura familiar, en las subjetividades, representaciones e identidades de las mujeres que redefinen su posición y condición en los procesos de reproducción y producción social, que es objeto de políticas públicas en las que participan instituciones estatales, privadas y sectores de la sociedad civil.*

En concordancia con lo anterior, es Mujer Cabeza de Familia quien, siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo

² SP1251-2020, Radicación N° 55.614

Sentencia penal de segunda instancia
 Radicado: 66001 60 00 035 2021 00046 01
 Procesado: José Armando Caballero García
 Delito: Tráfico, Fabricación, o Porte de Estupefacientes
 Decisión: Confirma negativa prisión domiciliaria Ley 750 de 2002.
 M.P. Julián Rivera Loaiza

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, psíquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.

*De la literalidad de la ley se extrae que el carácter de cabeza de familia no sólo se adquiere cuando se tiene a cargo a hijos menores de edad. En efecto, el legislador previó expresamente la posibilidad de adquirir dicha calidad cuando esa relación de dependencia se presenta frente a “**otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar**”.*

Esta postura fue reiterada, en términos generales, en la sentencia SU-388 de 2005. Más puntualmente, en la sentencia T-200 de 2006, la Corte Constitucional concluyó que una de las demandantes era madre cabeza de familia por el hecho de tener a cargo (según las reglas allí establecidas) a su padre, dada la ancianidad y el precario estado de salud de éste. En el mismo sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido esa condición en situaciones en que mujeres están a cargo del cónyuge que padece una grave afectación mental (CSJ SP 12 feb. 2014, rad. 43.118)”.

En cuanto a la regulación de la prisión domiciliaria para madres o padres cabeza de familia, se ha reiterado:

“El artículo 1º de la Ley 750 de 2002,³ en punto de los requisitos para conceder la sustitución de la prisión, establece:

La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá, cuando la infractora sea mujer cabeza de familia, en el lugar de su 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, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

Que el desempeño personal, laboral, familiar o social de la infractora permita a la autoridad judicial competente determinar que no colocará en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo, hijos menores de edad o hijos con incapacidad mental permanente.

La presente ley no se aplicará a las autoras o partícipes de los delitos de genocidio, homicidio, delitos contra las cosas o personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, extorsión,

³ Norma declarada exequible por la sent. C-184 de 2003, en el entendido que el derecho puede ser concedido por el juez a los hombres que, de hecho, se encuentren en la misma situación que una mujer cabeza de familia.

Sentencia penal de segunda instancia
 Radicado: 66001 60 00 035 2021 00046 01
 Procesado: José Armando Caballero García
 Delito: Tráfico, Fabricación, o Porte de Estupefacientes
 Decisión: Confirma negativa prisión domiciliaria Ley 750 de 2002.
 M.P. Julián Rivera Loaiza

secuestro o desaparición forzada o quienes registren antecedentes penales, salvo por delitos culposos o delitos políticos.

(...)

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 transcribir.

La anterior conclusión se aviene a los argumentos expuestos en el Congreso de la República durante el trámite de discusión de la referida ley:

*En particular en tales casos se percibe la urgencia de la adopción de medidas de apoyo especial a dichas mujeres, por cuanto es un hecho reconocido que los hijos menores **y otras personas incapaces a cargo de la mujer cabeza de familia reclusa** quedan desamparados y a merced de las más nefastas influencias de la sociedad, lo que conlleva un doble efecto negativo para la sociedad, por una parte, el que no pueda cumplir esa mujer reclusa, su rol natural respecto de sus hijos y de otras personas incapaces a su cargo, y de otra parte, que reciban esos menores una negativa orientación que los determinará con alta probabilidad a ubicarse al margen de la ley en el futuro, como medio de subsistencia y como el único modo de vida aprendido.⁴*

(...)

*Este especial apoyo se dirige a permitir que la mujer cabeza de familia reclusa, **pueda reintegrarse de facto a su círculo familiar**⁵ a fin de desempeñar el rol que le corresponde, mediante la figura de la “pena sustitutiva de prisión domiciliaria” y su relacionada medida de aseguramiento denominada “detención domiciliaria” y/o mediante la redención de su pena, encuéntrese o no reclusa en centro carcelario o penitenciario, a través de la redención de su pena por trabajo comunitario.⁶*

Bajo ese entendido, ha establecido la Corte que, es procedente la prisión domiciliaria como madre o padre cabeza de familia, cuando es “***la única persona a cargo del cuidado y la***

⁴ Gaceta del Congreso N° 113 de 2001.

⁵ Negrilla no hace parte del texto original.

⁶ *Ibidem*.

manutención” de sus hijos menores de edad, de **otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar que se encuentren a su cargo**⁷, siempre y cuando se reúnan los demás requisitos previstos en la ley y desarrollados por la jurisprudencia:

(...). Según el artículo 1° de la propia ley, para acceder a este derecho deben cumplirse varios requisitos. Antes de conceder el derecho el juez debe haber valorado: (a) el desempeño personal, es decir, su comportamiento como individuo, (b) el desempeño familiar, o sea, la forma como ha cumplido efectivamente sus deberes para con su familia y la manera como se relaciona con sus hijos, (c) el desempeño laboral, con el fin de apreciar su comportamiento pasado en una actividad lícita y (d) el desempeño social, para apreciar su proyección como miembro responsable dentro de la comunidad. Con base en el estudio de la manera como se comporta y actúa en estos diferentes ámbitos de la vida, el juez debe decidir si la persona que invoca el derecho de prisión domiciliaria no pone en peligro: (i) a la comunidad, (ii) a las personas a su cargo, (iii) a los hijos menores de edad y (iv) a los hijos con incapacidad mental permanente. Así, el juez habrá de ponderar el interés de la comunidad en que personas que han tenido un comportamiento asociado, por ejemplo, a la criminalidad organizada y, por ende, pueden poner claramente en peligro a la comunidad, no accedan al derecho de prisión domiciliaria.

(...)

*Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, a partir de 2011, en la sentencia -de casación- SP jun. 22 rad. 35.943, estableció, en posición reiterada y uniforme, que los requisitos de la prisión domiciliaria fijados en los incisos 2° y 3° del artículo 1° de la Ley 750/2002, uno de los cuales es el **pronóstico de peligro para la comunidad** en general y para los hijos menores de edad -o discapacitados- en particular, se encontraban vigentes”*

Respecto ente a la concurrencia de la totalidad de los requisitos ha reiterado la misma Corporación⁸:

“Las referidas disposiciones sobre sustitución de la detención preventiva, distan de las contempladas en la Ley 750 de 2002, que regula específicamente la sustitución de la ejecución de la pena de prisión en establecimiento carcelario por el lugar de residencia de madres y padres cabeza de familia, que exigen, como ya se dijo, en el marco de la interpretación jurisprudencial vigente, el concurso de la totalidad de sus requisitos y no solo la referida a la condición familiar,

⁷ Respecto de las personas mayores de edad, discapacitadas, que dependen del procesado o condenado, dijo la Corte “esos otros grupos poblacionales (personas incapaces o incapacitadas para trabajar), no sólo son relevantes las acciones afirmativas a favor de las madres cabeza de familia (...) De hecho, lo que resulta más trascendente es la protección de las personas que están exclusivamente a cargo del procesado, en los términos establecidos en la ley. Ello resulta indiscutible respecto a los niños, pero también es relevante frente a otros grupos de personas especialmente vulnerables, como los ancianos y las que padecen graves afecciones físicas o mentales”.

⁸ Providencia N° SP1310 de 2021

Sentencia penal de segunda instancia
Radicado: 66001 60 00 035 2021 00046 01
Procesado: José Armando Caballero García
Delito: Tráfico, Fabricación, o Porte de Estupefacientes
Decisión: Confirma negativa prisión domiciliaria Ley 750 de 2002.
M.P. Julián Rivera Loaiza

como erróneamente lo ha venido asegurando la defensa técnica y material en este asunto.

(...)

*Lo cierto es que en relación con la Ley 750 de 2002, la Sala, en concordancia con los postulados de la Corte Constitucional descritos en las sentencias C-184/03 y C-154/07, proferidas antes de la fecha de los hechos en este asunto, ha insistido que **para conceder la prisión domiciliaria por la condición de padre o madre cabeza de familia, resulta obligatorio valorar la naturaleza y gravedad del delito objeto de condena, «así como el pronóstico de peligro para la sociedad y para los hijos menores de edad o discapacitados», con base, precisamente, en las características de la conducta punible y en el desempeño personal, familiar, laboral y social del condenado**⁹.*

Bajo ese entendido, es claro que deben cumplirse a cabalidad los requisitos antes mencionados, como quiera que lo pretendido por el legislador, cuando nace a la vida jurídica la Ley 750 de 2002, es proteger evitar una situación de abandono y desamparo absoluto, a aquellos niños o mayores de edad en estado de incapacidad, que se encuentran a cargo de la persona que se le impone una medida de aseguramiento o pena de prisión intramural. Debiendo resaltarse que la concepción de padre o madre cabeza de familia, no implica, exclusivamente el sostenimiento o dependencia económica del hogar, sino que debe analizarse igualmente el rol que sólo una madre o padre de familia puede otorgar a sus hijos respecto a su formación en valores, educación y cuidado que su especial condición de indefensión exige, y que se acredite que sin su presencia quedarían o se encuentran en situación de abandono o desprotección ante la ausencia de otra persona que pueda suplir estas circunstancias.

Así, establecida fehacientemente la condición de padre o madre cabeza de familia, se hace imperioso el estudio de la concurrencia de todos los requisitos, señalados por el legislador para la procedencia de la concesión del beneficio, es decir: i) que no se trate de alguna de las conductas excluidas por la norma, ii) ausencia de antecedentes penales, y iii) que del desempeño personal, laboral, familiar o social del infractor pueda colegirse fundadamente que no colocará en peligro a la comunidad, o las personas a su cargo o hijos menores de edad o con incapacidad mental permanente, y que no evadirá el cumplimiento de la pena; iv) la gravedad del delito¹⁰, a efectos de analizar el cumplimiento de los fines de la pena.

⁹ Cfr. SP4029-2019, rad. 54587.

¹⁰ Entre otras, CSJ AP, 9 feb. 2006, Rad. 21620; CSJ AP, 30 mayo 2007, Rad. 26794; CSJ AP, 29 sept. 2010, Rad. 34.939, CSJ AP, 28 nov. 2012, Rad 40107, y CSJ SP, 28 may. 2014, Rad 43524.

7.6 Caso concreto

La defensa del señor JOSÉ ARMANDO CABALLERO GARCÍA, en la audiencia señalada en el artículo 447 del C.P.P., solicita a favor de su prohijado se le conceda la prisión domiciliaria, en beneficio de su hijo menor de edad D.S.C.V., anexa dos declaraciones extra juicio, el registro civil de nacimiento del menor y el acta de conciliación No.04321 del 8 de septiembre de 2022 en la que los progenitores del menor D.S.C.V. llegaron a un acuerdo total respecto de la custodia, cuota alimentaria, salud, educación, vestuario, recreación y visitas del pequeño, demostrándose con ello que el menor se encuentra exclusivamente a cargo de su progenitor aquí procesado.

El funcionario de primera instancia negó este beneficio al estimar que el hijo del aquí acusado contaba con el cuidado de su progenitora, hasta que, sorpresivamente, fruto de la conciliación decide cedérsela al padre del menor, situación que se verificó después de la celebración del preacuerdo, evidenciándose un acto de oportunismo y una estrategia del acusado para evadir el cumplimiento de pena en establecimiento penitenciario. Además, sostiene que no hay una madre ausente, ni discapacitada física o mentalmente para dicha tarea, descartándose que les sea imposible subsistir dignamente en el momento en el que el ciudadano JOSE ARMANDO CABALLERO GARCIA, deba cumplir con la sanción impuesta.

De la revisión de la documentación allegada por la defensa recurrente, es posible concluir que en efecto el señor JORGE ARMANDO CABALLERO GARCÍA, es el progenitor del menor D.S.C.V, nacido conforme a su registro civil el 1° de noviembre de 2009, por lo que actualmente cuenta con 13 años de edad, siendo su progenitora la señora Ángela Patricia Valero Posada.

Así mismo del acta de conciliación N° 04341 del 8 de septiembre de 2022, realizada entre el aquí procesado y la madre del menor se colige que desde esa data la custodia del menor D.S.C.V. está a cargo del aquí procesado.

Se adjuntó igualmente por parte de la defensa declaraciones extra proceso suscritas por los ciudadanos DIANA FERNANDA FORERO GARCIA y ALEXANDER CAMACHO, en las que da fe que el menor D.S. depende económicamente de su padre y en todo sentido y que además viven bajo el mismo techo, no existiendo familiares o red de apoyo para el cuidado del menor.

Alega la defensa recurrente que contrario a lo expuesto por la primera instancia el menor si quedaría en estado de desprotección y abandono ante la ausencia de su padre y que si bien el acuerdo conciliatorio se suscribió después de la celebración del preacuerdo, no se trata de un acto de oportunismo como lo califica la primera instancia, sino de la intención de legalizar y poder demostrar esta circunstancia, pero que la madre no cumple en modo alguno con la cuota alimentaria a la que se comprometió.

Es necesario recordar al recurrente que el hecho de tener un hijo menor de edad, del que se tiene su custodia y depende económicamente del procesado, no implica que adquieran la calidad de padre o madre cabeza de hogar para efectos de ser derecho en protección de este menor a la prisión domiciliaria establecida en la Ley 750 de 2002, ya que no puede desconocerse que lo que busca esta norma es proteger a los niños y adultos en estado de incapacidad, que se encuentren a cargo del condenado, circunstancia que no puede entenderse única y exclusivamente desde el punto de vista económico, sino que busca proteger los menores o personas de especial protección del potencial abandono en el que podrían quedar al no contar con la presencia de su familiar.

Contrario a lo esbozado por el recurrente, si bien, en gracia de aceptar la buena fe del procesado y partiendo de la base que la conciliación no es una artimaña para hacer creer a la judicatura falsamente que es el señor JOSÉ ARMANDO CABALLERO GARCÍA, es quien vela por su menor hijo, se acepta como demostrado que quien ostenta la custodia y cuidado personal del menor D.S.C.V., es el aquí procesado, no obstante esta circunstancia per se no conlleva en los términos exigidos por la Ley y la jurisprudencia a entender que el procesado es padre cabeza de familia y en esta condición es derechosos de la prisión domiciliaria consagrada en la Ley 750 de 2002.

Recuérdese que como se indicó en el acápite anterior, esa figura fue creada por el legislador para proteger a los menores que ante la ausencia de su progenitor podrían quedar en total estado de abandono y desprotección al no contar con otro familiar que pueda hacerse cargo de su cuidado y manutención, situación que no se acredita en el presente asunto como bien lo concluyo la primera instancia.

Los elementos aportados por la defensa dan cuenta que los progenitores del menor D.S.C.V. actualmente no tienen una relación afectiva, y no conviven bajo el mismo techo, decidiendo además que su hijo se quedaría bajo el cuidado de su padre, pero esta circunstancia no implica la inexistencia de la madre del menor, señora Ángela Patricia Valero Posada, tampoco que esta ciudadana no tenga el deber moral y legal de hacerse cargo nuevamente de su hijo ante la ausencia temporal del padre.

Además, no se acreditó que esta fémina padezca enfermedad o situación que le genere incapacidad para cuidar de su hijo y proveerle lo necesario para su subsistencia y educación, en consecuencia, no se vislumbra que, ante la detención del padre, el menor D.S. quedará desprotegido, ya que cuenta con su madre, quien se insiste tiene el deber legal y moral de acogerlo y protegerlo mientras dure la detención del señor CABALLERO GARCÍA.

Considera la Sala necesario agregar que no se desconoce que la privación de la libertad del procesado, inevitablemente afectara a su menor hijo, en todos los aspectos, pero esta situación no genera bajo ningún punto de vista que el estado deba conceder beneficios a las personas que han incurrido en conductas ilícitas pero que al mismo tiempo tiene hijos menores de edad, debe entenderse que quien genera en primer término la separación temporal con su descendencia es el procesado debido a su actuar alejado de los linderos de la licitud, como en este evento que el señor CABALLERO GARCIA, ejecutó conductas de transporte de sustancias estupefacientes, haciendo parte de la cadena de narcotráfico que distribuye sustancias dañinas, sin importar el daño que podría causar a la comunidad en general y en todas aquellas personas que caen en el

Sentencia penal de segunda instancia
Radicado: 66001 60 00 035 2021 00046 01
Procesado: José Armando Caballero García
Delito: Tráfico, Fabricación, o Porte de Estupefacientes
Decisión: Confirma negativa prisión domiciliaria Ley 750 de 2002.
M.P. Julián Rivera Loaiza

consumo de sustancias estupefacientes, entre ellos menores y adolescentes y a las familias que diariamente tiene que lidiar con consanguíneos afectados por el flagelo de la drogadicción y toda la problemática que puede presentarse dentro de ese contexto.

Además, el procesado, siendo conocedor de la existencia de su descendiente, debió pensar que, ante su eventual captura, su ausencia podría ponerlo en aprietos económicos y sobre todo emocionales; no obstante, se inmiscuyó en conductas reprochables a la luz del derecho penal y debe asumir las consecuencias que de esto se derivan.

En ese orden, considera la Sala que la decisión de primera instancia se ajusta a derecho, como quiera que la misma atiende las circunstancias particulares del caso, en tanto que, el señor JOSÉ ARMANDO CABALLERO GARCÍA, no demostró la calidad de jefe de hogar, circunstancia que de plano hace improcedente el beneficio deprecado

Ergo, se **CONFIRMARÁ** la providencia recurrida.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia y en uso de sus facultades jurisdiccionales

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia emitida el veintiocho (28) de Septiembre de dos mil veintidós (2022) por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira (Risaralda), dentro de proceso adelantado en contra del señor JOSÉ ARMANDO CABALLERO GARCÍA, por el delito de FABRICACIÓN, TRÁFICO O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, en lo que fue objeto de apelación, conforme lo analizado en precedencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Firma electrónica)

JULIÁN RIVERA LOAIZA

Magistrado Ponente

(EN AUSENCIA JUSTIFICADA)

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

Magistrado

(Firma electrónica)

CARLOS ALBERTO PAZ ZÚÑIGA

Magistrado

WILSON FREDY LÓPEZ

Secretario

Firmado Por:

**Julian Rivera Loaiza
Magistrado
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda**

**Carlos Alberto Paz Zuñiga
Magistrado
Sala 002 Penal
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **9b60d77c52f1b28190e5d28fcf82347000698a072f120779244a2605874c2b97**

Documento generado en 12/05/2023 03:39:45 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**