Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

DISTRITO JUDICIAL DE SINCELEJO
CIRCUITO PENITENCIARIO Y CARCELARIO DE SINCELEJO
JUZGADO PRIMERO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE SINCELEJO

Sincelejo, Sucre, enero doce (12) de dos mil veintiuno (2021)

Solicitud: Prisión domiciliaria
Condenado: LUIS JAVIER TOVAR MARTÍNEZ
Delito: Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones agravado
Rad interno: 2018-00346-00 (Rad. de origen No. 2015-0-00)

1. ASUNTO A TRATAR

Se procede a resolver la solicitud efectuada por el apoderado judicial del condenado **LUIS JAVIER TOVAR MARTÍNEZ**, consistente en la sustitución de la pena privativa de la libertad en establecimiento carcelario por la prisión domiciliaria, con fundamento en la condición de cabeza de familia.

2. ANTECEDENTES PROCESALES

El Juzgado Primero Penal Municipal con funciones de Control de Garantías de Sincelejo, en audiencias preliminares celebradas en octubre 9 de 2015, declaro la legalidad de la captura del señor **LUIS JAVIER TOVAR MARTÍNEZ**, a quien se le impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en el lugar de residencia con mecanismo electrónico. Siendo condenado por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia fechada agosto 1 de 2017, a la pena principal de **CIENTO OCHENTA Y NUEVE** (189) **MESES DE PRISIÓN** e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un término igual al de la pena principal, luego de hallarlo responsable de la conducta punible de **FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES AGRAVADO**, negándole toda clase de beneficios.

De igual manera, cursa en contra del prenombrado proceso penal en etapa de conocimiento, identificado con CUI 700016001034201701819, en donde el Juzgado Tercero Penal Municipal de Sincelejo en fecha octubre 16 de 2017, impuso a este sujeto medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario. Posteriormente, ese mismo despacho en fecha julio 31 de 2018 concedió al señor **LUIS JAVIER TOVAR MARTÍNEZ** la libertad por vencimiento de términos, fecha en la cual empezó a descontar pena en el proceso que hoy ocupa nuestra atención.

En auto fechado agosto 6 del año 2018, este despacho avocó conocimiento de esta causa.

3. CONSIDERACIONES

En el sub lite, encontramos que el señor **LUIS JAVIER TOVAR MARTÍNEZ**, condenado por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de fecha agosto 1 de 2017, al ser hallado responsable como autor de la comisión de la **CONDUCTA PUNIBLE DE FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES AGRAVADO**, imponiéndole como pena principal **CIENTO OCHENTA Y NUEVE** (189) meses de prisión, en esta oportunidad el apoderado judicial solicita la concesión del beneficio de la sustitución de la pena privativa de la libertad en establecimiento carcelario por la prisión domiciliaria, con fundamento en su condición de cabeza de familia.

En cuanto a la redención de pena, revisado el expediente se tiene que en la etapa de investigación se dictó en contra de este sujeto medida de aseguramiento preventiva, consistente en detención en sitio de residencia con brazalete electrónico[1], la cual quedó ejecutoriada en la misma fecha y perdió sus efectos jurídicos al haberse emitido sentencia condenatoria en su contra en fecha agosto 1 de 2017[2], tal y como lo señaló la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia SP- 49452019 del 13 de noviembre de 2019, Radicado 53863[3].

Por lo que, haciendo el computo pertinente tenemos que el sentenciado cumplió hasta la fecha de la sentencia un total de **VEINTIÚN** (21) meses y **VEINTIDÓS** (22) días de privación de su libertad personal, y desde la fecha en que nuevamente empezó a descontar pena, es decir cuando quedó en libertad al interior del proceso CUI 700016001034201701819 (31 de julio de 2018), hasta el día de hoy (12 de enero de 2021), han transcurrido **VEINTINUEVE** (29) meses y **ONCE** (11) días, que sumados al quantum anterior arroja un total debe **CINCUENTA Y UN** (51) meses y **TRES** (3) días como tiempo efectivo de la pena impuesta.

Considerando la sentencia impuesta a este éste sujeto, encontramos que el inc. 1° del art 68 A del Código Penal, modificado por el art. 32 de la Ley 1709 de 2014, establece que no se concederán el subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni 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 delitos dolosos dentro de los cinco (5) años anteriores, encontrándonos por consiguiente ante dicha prohibición. No obstante, de conformidad con lo señalado en el inc tercero del art 68 A del Código Penal, no se aplicará la anterior prohibición respecto de la sustitución de la detención preventiva y de la sustitución de la ejecución de la pena en los eventos contemplados en los nums 2, 3, 4 y 5 del art. 314 de la Ley 906 de 2004.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de fecha 16 de marzo de 2006, radicado 24530, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón, respecto de la competencia de los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad para decidir sobre la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión intramural, señaló lo siguiente:

> *"(…)3. Al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, que adquiere competencia con la ejecutoria del fallo, le está permitido pronunciarse sobre la prisión domiciliaria en los siguientes casos:*
>
> > *(a) Cuando un cambio legislativo varíe favorablemente las circunstancias que fueron consideradas por el fallador para negarla.*
> > *(b) Cuando el asunto no haya sido objeto de decisión en las sentencias.*
> > *Este ha sido el criterio de la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, como se desprende, por ejemplo, del auto del 2 de marzo del 2005, dentro del radicado 23.347.*

[1] En audiencia preliminar de fecha 9 de octubre del año 2015.
[2] Proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Sincelejo (Sucre).
[3] "Lo anterior considerando que si la medida de aseguramiento pierde sus efectos con la emisión del sentido del fallo, el juez debe resolver sobre la privación de la libertad del procesado, en cualquiera de los sentidos reglado en los artículos 449 a 453 de la Ley 906/04, pues esta decisiones ta no se adoptan a la luz de los parámetros que gobiernan las medidas de aseguramiento, sino a los atinentes a la pena y su forma de ejecución."

> *(c)* ***En los eventos previstos en el artículo 461 del Código de Procedimiento Penal.*** *La norma dispone que puede ordenarla sustitución de la ejecución de la pena, previa caución, en los mismos casos de la sustitución de la detención preventiva".* (Lo resaltado en negrilla fuera de texto).

En efecto, el art. 461 de la Ley 906 de 2004 establece que el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad podrá ordenar al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario la sustitución de la ejecución de la pena, previa caución, en los mismos casos de la sustitución de la detención preventiva.

Concordante con la anterior disposición, encontramos el contenido del art. 314 de la Ley 906 de 2004, modificado por el art. 27 de la Ley 1142 de 2007, que señala que la detención preventiva en establecimiento carcelario podrá sustituirse por la del lugar de la residencia en los siguientes eventos:

1. Cuando para el cumplimiento de los fines previstos para la medida de aseguramiento sea suficiente la reclusión en el lugar de residencia, aspecto que será fundamentado por quien solicite la sustitución y decidido por el juez en la respectiva audiencia de imposición, en atención a la vida personal, laboral, familiar o social del imputado.
2. Cuando el imputado o acusado fuere mayor de sesenta y cinco (65) años, siempre que su personalidad, la naturaleza y modalidad del delito hagan aconsejable su reclusión en el lugar de residencia.
3. Cuando a la imputada o acusada le falten dos (2) meses o menos para el parto. Igual derecho tendrá durante los seis (6) meses siguientes a la fecha de nacimiento.
4. Cuando el imputado o acusado estuviere en estado grave por enfermedad, previo dictamen de médicos oficiales. El juez determinará si el imputado o acusado deberá permanecer en su lugar de residencia, en clínica u hospital.
5. Cuando la imputada o acusada fuere madre cabeza de familia de hijo menor o que sufriere incapacidad permanente, siempre y cuando haya estado bajo su cuidado. En ausencia de ella, el padre que haga sus veces tendrá el mismo beneficio.

La detención en el lugar de residencia comporta los permisos necesarios para los controles médicos de rigor, la ocurrencia del parto, y para trabajar en la hipótesis del núm. 5.

En todos los eventos el beneficiario suscribirá un acta en la cual se compromete a permanecer en el lugar o lugares indicados, a no cambiar de residencia sin previa autorización, a concurrir ante las autoridades cuando fuere requerido y, adicionalmente, podrá imponer la obligación de someterse a los mecanismos de control y vigilancia electrónica o de una persona o institución determinada, según lo disponga el juez.

El control del cumplimiento de la detención en el lugar de residencia estará a cargo del INPEC, el cual realizará un control periódico sobre el cumplimiento de la detención domiciliaria y reportará a la Fiscalía sobre sus resultados para que si se advierten violaciones a las condiciones impuestas por el Juez se puedan adoptar las correspondientes acciones.

> **PARÁGRAFO.** <Parágrafo modificado por el artículo 5 de la Ley 1944 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> No procederá la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario, por detención domiciliaria cuando la imputación se refiera a los siguientes delitos: Los de competencia de los jueces penales del circuito especializados o quien haga sus veces, tráfico de migrante (C. P. artículo 188); acceso carnal o actos sexuales con incapaz de resistir (C. P. artículo 210); violencia intrafamiliar (C. P. artículo 229); hurto calificado (C. P. artículo 240); hurto agravado (C. P. artículo 241, numerales 7, 8, 11, 12 y 15); abigeato (C. P. artículo 243); abigeato agravado (C. P. artículo 243-A); estafa agravada (C. P. artículo 247); uso de documentos falsos relacionados con medios motorizados hurtados (C. P. artículo 291); fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones de uso personal, cuando concurra con el delito de concierto para delinquir (C. P. artículos 340 y 365), o los imputados registren sentencias condenatorias vigentes por los mismos delitos; fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas (C. P. artículo 366); fabricación, importación, tráfico, posesión y uso de armas químicas, biológicas y nucleares (C. P. artículo 367); peculado por apropiación en cuantía superior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales (C. P. artículo 397); concusión (C. P. artículo 404); cohecho propio (C. P. artículo 405); cohecho impropio (C. P. artículo 406); cohecho por dar u ofrecer (C. P. artículo 407); enriquecimiento ilícito (C. P. artículo 412); soborno transnacional (C. P. artículo 433); interés indebido en la celebración de contratos (C. P. artículo 409); contrato sin cumplimiento de requisito legales (C. P. artículo 410); tráfico de influencia (C.P. artículo 411); receptación repetida, continua (C. P. artículo 447, inciso 1o y 3o); receptación para ocultar o encubrir el delito de hurto calificado, la receptación para ocultar o encubrir el hurto calificado en concurso con el concierto para delinquir, receptación sobre medio motorizado o sus partes esenciales, o sobre mercancía o combustible que se lleve en ellos (C. P. artículo 447, inciso 2o)".

Luego tenemos que, este despacho es competente para estudiar las solicitudes de sustitución de la ejecución de la pena de prisión intramural por la prisión domiciliaria con base en las causales señaladas en el referido ar. 314 de la Ley 906/04. Ahora que, la H. Corte Constitucional al revisar la constitucionalidad del parágrafo del referido art. 314 de la Ley 906/04, modificado por el art. 27 de la Ley 1142 de 2007, el cual es reproducido nuevamente por el art. 5 de la Ley 1944 de 2018, mediante sentencia C-318/08 declaró condicionalmente exequible dicha disposición, en el entendido que el juez podrá conceder la sustitución de la medida, siempre y cuando el peticionario fundamente, en concreto, que la detención domiciliaria no impide el cumplimiento de los fines de la detención preventiva, en especial respecto de las víctimas del delito, y en relación exclusiva con las hipótesis previstas en los numerales 2, 3, 4, y 5 del art. 27 de la Ley 1142 de 2007, esto es:

- Cuando el condenado (a) fuere mayor de sesenta y cinco (65) años, siempre que su personalidad, la naturaleza y modalidad del delito hagan aconsejable su reclusión en el lugar de residencia.
- Cuando la condenada le falten dos (2) meses o menos para el parto. Igual derecho tendrá durante los seis (6) meses siguientes a la fecha de nacimiento.
- Cuando el condenado (a) estuviere en estado grave por enfermedad, previo dictamen de médicos oficiales.

- Cuando el condenado (a) fuere padre o madre cabeza de familia de hijo menor o que sufriere incapacidad permanente, siempre y cuando haya estado bajo su cuidado.

Por lo que, se hace necesario establecer si el condenado **LUIS JAVIER TOVAR MARTÍNEZ** se encuentra dentro de las exigencias que establece la causal 5º del artículo 314 de la Ley 906/04, modificado por el art. 27 de la Ley 1142 de 2007, esto es, si reúne los requisitos para ser considerado un padre cabeza de familia, razón por la cual se hace necesario conocer la normatividad que regula dicha figura y la jurisprudencia que ha venido desarrollando el tema.

En primer lugar encontramos el contenido del art. 1º de la Ley 750 de 2002:

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

Los apartes demandados de esta disposición, fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional en sentencia C-154/00, en el entendido de que, cuando se cumplan los requisitos establecidos en la ley, el derecho podrá ser concedido por el juez a los hombres que, de hecho, se encuentren en la misma situación que una mujer cabeza de familia, para proteger, en las circunstancias específicas del caso, el *interés superior del hijo menor o del hijo impedido*.

Por su parte, el art. 2º de la Ley 1232 de 2008, define como Mujer Cabeza de Familia, quien siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, 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.

La Corte Constitucional en sentencia SU 388 de 2005, respecto a la condición de madre cabeza de familia y los requisitos con los cuales se acredita tal condición, manifestó lo siguiente:

> *"(…) La Corte advierte que no toda mujer puede ser considerada como madre cabeza de familia por el sólo hecho de que esté a su cargo la dirección del hogar. En efecto, para tener dicha condición es presupuesto indispensable (i)*

que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o, como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar".

En el mismo sentido, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia fechada 31 mayo de 2017, radicado 46277, señaló lo siguiente:

"Ha tenido oportunidad esta Sala de señalar, que la comprensión jurisprudencial de las condiciones para acceder a la prisión domiciliaria ha variado en el tiempo. Así, en principio, la Corte consideró suficiente, a partir de la interpretación sistemática de los dispuesto en la Ley 750 de 2002 y de los artículos 314 y 461 CPP, la acreditación de la condición de padre o madre cabeza de familia, sin necesidad de valorar los antecedentes del interesado ni la naturaleza del delito objeto de condena.

Sin embargo, posteriormente, recogiendo ese criterio, y bajo el entendido que los arts. 314, numeral 5, y 461 CPP no derogaron los requisitos establecidos en el artículo 1 de la Ley 750 de 2002 en lo atinente a la figura de la prisión domiciliaria para la persona cabeza de familia, la Sala ha venido sosteniendo de manera pacífica que para su otorgamiento se requiere de la satisfacción concurrente de todas las condiciones previstas en esta norma, a saber:

(i).- que el condenado, hombre o mujer, tenga la condición de padre o madre cabeza de familia;
(ii).- que su desempeño personal, laboral, familiar y social permita inferir que no pondrá en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo;
(iii).-que la condena no haya sido proferida por alguno de los delitos allí referidos y;
(iv).- que la persona no tenga antecedentes penales".

Ahora bien, examinada la situación presentada por el apoderado judicial del señor **LUIS JAVIER TOVAR MARTÍNEZ**, vemos que éste hace énfasis en la desprotección en que se encuentra la progenitora, el tío y el abuelo de este PPL.

Para acreditar la condición de padre cabeza de familia del señor **LUIS JAVIER TOVAR MARTÍNEZ**, se allega por su apoderado judicial los siguientes documentos:

- Informe estudio socioeconómico suscrito por la trabajadora social **YENNY LUZ CUDRIZ DÍAZ**, en el cual concluye que la condición económica de la Señora **MARÍA MAGDALENA TOVAR MARTÍNEZ**, sumada a la depresión por la detención de **LUIS JAVIER TOVAR MARTÍNEZ**, pueden llevarla a agudizar aún más su estado de salud, razón por la cual su hijo debe estar a su lado, para mejorar la estabilidad emocional del núcleo familiar.

Por su parte, el asistente social de este despacho procedió verificar la información suministrada en la solicitud, a fin de verificar la existencia de arraigo familiar y social del PPL, número de personas que habitan en dicho inmueble, parentesco que tienen los habitantes de la vivienda con éste condenado, determinar el núcleo familiar del señor **LUIS JAVIER TOVAR MARTÍNEZ**, indagar sobre los ingresos económicos de dicho núcleo familiar y demás datos pertinentes.

Efectuada una valoración de los resultados y analizando la situación actual de la familia, es evidente que el señor **LUIS JAVIER TOVAR MARTÍNEZ** en la actualidad no es rector del hogar, toda vez que no es el directo y único responsable de proporcionarle a la familia, amor, afecto y generación de recursos económicos a la familia. Pues la Señora **MARÍA MAGDALENA TOVAR MARTÍNEZ**, tiene otro hijo que la frecuenta y apoya en lo necesario, según afirman algunos vecinos del sector. De igual manera según la historia clínica aportada de la señora **MARÍA TOVAR**, se puede evidenciar que el estado civil de ella es unión libre[4].

Que al examinar el cumplimiento de los requisitos señalados por la Corte Constitucional en la sentencia SU 388 de 2005, para determinar si el condenado **LUIS JAVIER TOVAR MARTÍNEZ**, tiene la condición de padre cabeza de familia, vemos que no se discute que posiblemente éste sujeto tuviera antes de estar interno en la EPMSC de Sincelejo la responsabilidad económica de mantener a su núcleo familiar, la cual se podría catalogar de permanente, pero en los últimos treinta y ocho (38) meses su cuidado y protección se ha realizado por parte de su hermano y el cónyuge de la señora **MARÍA MAGDALENA TOVAR MARTÍNEZ**, entendiendo así que para conceder el sustituto, de las pruebas allegadas a la actuación debe concluirse la presencia de una necesidad notoria de proteger ese interés superior de los padres, porque se demuestre sin lugar a dudas el estado de abandono, riesgo y desprotección a que se vería expuesto, cuando la única persona encargada de asumir su más elementales necesidades se encuentra privada de la libertad, situación que no se vislumbra en el caso concreto.

Así las cosas, debemos llegar a la conclusión de que el señor **LUIS JAVIER TOVAR MARTÍNEZ** no cumple con los requisitos exigidos para ser considerado como cabeza de familia, no haciéndose necesario analizar en el presente caso los otros requisitos establecidos en el art 1° de la Ley 750 de 2002, para la concesión del beneficio de la prisión domiciliaria.

Conforme lo advierte el art. 176 del Código de Procedimiento Penal, en contra de la providencia proceden los recursos de reposición y apelación.

En mérito de lo expuesto, **EL JUZGADO PRIMERO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE SINCELEJO (SUCRE)…,**

4. RESUELVE:

PRIMERO.- DENEGAR al señor **LUIS JAVIER TOVAR MARTÍNEZ** la solicitud de concesión de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión intramural, por las razones esbozadas en la parte motiva de esta providencia.

[4] Ver supra folio 17.Historia Clínica No 64701434 de la IPS SEMFU

SEGUNDO.-Declarar que el señor **LUIS JAVIER TOVAR MARTÍNEZ**, cumple en la fecha de hoy (12 de enero de 2021), como tiempo efectivo de pena **CINCUENTA Y UN** (51) meses y **TRES** (3) días.

TERCERO.- Contra esta decisión proceden los recursos de reposición y apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ARTURO GUZMÁN BADEL
Juez