



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE LA GUAJIRA
SALA DE DECISIÓN PENAL**

Magistrado Ponente: JAIME ANTONIO MOVIL MELO

**Enjuiciado: YERWIN YECID GUERRA ARIZA,
GABRIEL FREIMON VÁSQUEZ BRUGÉS Y
JHON ALEXANDER SERRANO RINCÓN.**

**Punible: CONCIERTO PARA DELINQUIR EN
CONCURSO HETEROGÉNEO CON
FABRICACIÓN, TRAFICO O PORTE DE
ESTUPEFACIENTES.**

Radicación: No. 1100160000002018028801

**Aprobado y Discutido Mediante Acta SPOA 175 del doce (12)
septiembre de dos mil veintitrés (2023)**

Sentencia Penal No. 015

**Riohacha, La Guajira, catorce (14) de septiembre de dos mil
veintitrés 2023**

I ASUNTO POR TRATAR

La Sala decide la apelación interpuesta por la Defensa del señor YERWIN YECID GUERRA ARIZA , en contra de la Sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Riohacha, el día (16) dieciséis de octubre de 2020, a través de la cual condenó a 70 meses de prisión a los señores YERWIN YECID GUERRA ARIZA, GABRIEL FREIMON

VÁSQUEZ BRUGES Y JHON ALEXANDER SERRANO RINCÓN, por el punible de CONCIERTO PARA DELINQUIR EN CONCURSO HETEROGÉNEO CON FABRICACIÓN, TRÁFICO O PORTE DE ESTUPEFACIENTES.

II HECHOS

De la sentencia de primera instancia se sintetizan de la siguiente manera; en la audiencia de formulación de imputación, el fiscal de la causa indicó como hechos jurídicamente relevantes que, los señores YERWIN YECID GUERRA ARIZA, GABRIEL FREIMON VÁSQUEZ BRUGES Y JHON ALEXANDER SERRANO RINCÓN, se reunieron con otras personas para cometer delitos relacionados con el CONCIERTO PARA DELINQUIR y el TRAFICO DE ESTUPEFACIENTES, que desde el 26 de enero del año 2017, han obrado de acuerdo para sacar estupefacientes del país, tal como Marihuana; organización que se ha mantenido en el tiempo, hasta el mes de septiembre de 2018, logrando sacar 45 kilos y 900 gramos de marihuana que fueron incautadas en aguas de Curazao, el día 2 de marzo de 2017, sustancia que fue entregada por GABRIEL FREIMON VÁSQUEZ BRUGÉS a YERWIN YECID GUERRA ARIZA, quien coordinaba la actividad con DARWIN RIVERA Y JHON ALEXANDER SERRANO.

Indicó el ente acusador que, el dinero para los actos ilícitos los suministraba alias "flaco" o "Señor", precisando que, la marihuana fue transportada hasta puerto Ingles desde Maicao, de allí a puerto Cumarebo en Venezuela hasta llegar a Curazao como destino final.

Agregó que, la comisión del delito de Concierto Para Delinquir, se configura solo por reunirse y acordar cometer un ilícito y en el caso del tráfico de sustancias, así no logren sacar la sustancia ilícita del país, por ese actuar se está cometiendo el delito de Tráfico De Estupefaciente, que consiste en entrar o sacar del país, almacenar, transportar, comandar, vender o financiar sustancias prohibidas.

El delegado de la Fiscalía centró la participación de los procesados en el punible, en torno a que, el señor GABRIEL se encargó de venderla, YERWIN se encargó de transportarla, y John por su parte, se asoció con alias "flaco", y reunieron la plata para comprar la sustancia estupefaciente.

Puso de presente el ente persecutor que, esta investigación se inició porque el FBI de los Estados Unidos, rindió una comunicación a la Policía Nacional Colombiana mediante la cual referenció que tenía datos en una investigación en Estados Unidos, de los cuales tenían claro que, una mujer conocida como CAROLINA, estaría teniendo contactos con miembros de una organización delincuencia que estaba sacando sustancias estupefacientes hacia el exterior, quien entregó una carta el 30 de agosto del año 2016, a la Policía Nacional de Colombia y aportó algunos datos telefónicos que estaría utilizando alias "CAROLINA", procediendo la Policía Nacional a interceptar esos números y empezaron hacer algunas escuchas de alias "carolina" que hablaba con un alias "don Jaime" el cual después se

comunicó con un alias "caliche" y de ese alias "caliche" resultaron unos números en los cuales se involucraron a los procesados.

Informó que, de las interceptaciones realizadas a los procesados se logró establecer que, el modus operandi de esa agrupación, de carácter trasnacional, adquirían la sustancia estupefaciente en la zona rural de Maicao la Guajira, luego la trasladaban vía terrestre al punto de acopio que se llama Puerto Ingles en la Alta Guajira, allí era recibida por otras personas que contactaban la organización criminal y las embarcaban en lanchas para ser llevadas hasta puerto Cumarebo Venezuela y, desde allí la sacaban llevándola hasta Curazao, donde era recibida por otros miembros de la organización. Esbozó que, debido a esas actuaciones se le adelanta la respectiva judicialización por los delitos de Concierto Para Delinquir Agravado y Tráfico, Fabricación o Porte De Estupefacientes.

III. ACTUACIONES PROCESALES

El 26 de septiembre de 2018, el Juzgado Segundo Penal Municipal Con Funciones De Control De Garantías, llevó a cabo las audiencias preliminares de legalización de captura; acto seguido, se realizó la audiencia de formulación de imputación, donde la Fiscalía les imputó los delitos de **CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO Y TRÁFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES**, a los señores **YERWIN YECID GUERRA ARIZA, GABRIEL FREIMON VÁSQUEZ BRUGÉS Y JHON ALEXANDER SERRANO RINCÓN**, quienes por

voluntad libre, propia y espontanea se allanaron a los cargos formulados por el ente fiscal. Finalmente, en la diligencia de imposición de medida de aseguramiento, el Juez les impuso la medida privativa de la libertad en centro de reclusión.

El 12 de octubre de 2018, fue remitido por competencia el proceso de marras, al Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Riohacha - La Guajira, el cual, mediante auto avocó conocimiento y fijó fecha para Audiencia de Verificación de Allanamiento, Individualización de la Pena y Lectura de Sentencia para el día 18 de diciembre de 2018.

La audiencia de Verificación De Allanamiento, Individualización De La Pena Y Lectura De Sentencia, fue aplazada y declarada como fracasada en múltiples ocasiones, finalmente pudo instalarse el día 29 de septiembre de 2022, se verificó la asistencia de las partes, le fue reconocida personería jurídica al doctor GANDY JAIR MELO MONROY, para representar a los señores YERWIN GUERRA, y GABRIEL FREIMON VÁSQUEZ.

Acto seguido, antes de darle trámite a lo estipulado en el artículo 447 del CPP, se le concedió el uso de la palabra al DR. MELO MONROY, el mismo realizó sus manifestaciones y solicitó la prisión domiciliaria para sus defendidos, al estimar que cumplían con los requisitos. Finalizada la audiencia se fijó fecha para audiencia de lectura de sentencia para el día 16 de octubre de 2020.

El 16 de octubre de 2020, el Juzgado Primero Penal de Circuito Especializado de Riohacha, realizó la audiencia de lectura de sentencia de los señores YERWIN YECID GUERRA ARIZA, GABRIEL FREIMON VÁSQUEZ BRUGÉS Y JHON ALEXANDER SERRANO RINCÓN, resolviendo la A-quo, condenar a los procesados a la pena de 70 meses de prisión, como coautores penalmente responsable de la conducta punible de **TRAFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES EN CONCURSO HETEROGÉNEO CON EL DELITO DE CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO**, de que trata la ley 599 de 2000, artículo 376 inciso 1° ubicado en el libro II, Título XIII, capítulo II, delito contra la salud pública, y en su libro segundo, Titulo XII, capitulo primero, articulo 340, inciso 2°, delito contra la Seguridad Publica.

Asimismo, condenarlos a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un periodo igual a la pena principal, negándoles el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión. A su vez, revocó la detención domiciliaria y precisó que, la pena debía ser purgada en establecimiento penitenciario y carcelario.

En lo atinente a la libertad condicional solicitada por la defensa del señor YERWIN YESID GUERRA, en el numeral cuarto de la sentencia condenatoria la juez de conocimiento resolvió negarla.

La defensa inconforme con la decisión, interpuso recurso de apelación y en el término que la norma confiere allegó memorial, sustentando los motivos de inconformidad. El procesado JHON ALEXANDER RINCÓN, también presentó recurso de alzada.

Del recurso presentado se le corrió traslado a los no recurrentes. Mediante nota secretarial de fecha 3 de noviembre de 2020, le fue informado a la juez que, el 30 de octubre de 2020, se vencieron los términos a los apelantes y no apelantes.

A través de auto de fecha 9 de noviembre de 2020, el Juzgado Primero Penal Del Circuito Especializado De Riohacha, concedió la apelación interpuesta por el doctor GANDY JHAIR MELO MONROY, actuando como abogado defensor de los señores GABRIEL FREIMON y YERWIN GUERRA, y la interpuesta directamente por el procesado JHON ALEXANDER RINCÓN.

Mediante constancia secretarial de fecha 15 de junio de 2022, el despacho informó que, por solicitud que hiciera uno de los defensores, comunicando que, había presentado recurso de apelación, el despacho procedió a buscar información al respecto y mencionó que, no se encontró dicha actuación ni en los libros radicadores, ni el sistema TYBA judicial de haberse generado salida ante el superior funcional.

El oficial Mayor del despacho, deja constancia que, algunas actas de audiencias no se encuentran en el expediente y pone de presente que, el secretario de ese entonces, no remitió esas actas y las de múltiples procesos, al momento de dejar el cargo, motivo por el cual le fueron compulsadas copias ante la Comisión De Disciplina De La Guajira por parte de la juez.

Por otro lado, también expresó que, por el COVID-19, se implementó transitoriamente por el Consejo Superior De La Judicatura el aplicativo de grabación de audiencias virtuales RP1, del cual no se había podido descargar por medio magnético, no obstante, precisó que, en el expediente se encuentra el acta levantada en la fecha.

Efectuado el reparto, le correspondió conocer del recurso presentado a esta Sala De Decisión Penal, con ponencia del suscrito Magistrado JAIME ANTONIO MOVIL MELO, se deja por sentado que, el proceso se recibió el día 16 de junio de 2022.

IV. SENTENCIA IMPUGNADA

Con respecto a la participación de YERWIN YECID GUERRA ARIZA, GABRIEL FREIMON VÁSQUEZ BRUGÉS Y JHON ALEXANDER SERRANO RINCÓN, en los delitos por los cuales fueron acusados, Concierto Para Delinquir Agravado Artículo 340 del CP. En Concurso Heterogéneo Con Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes del *artículo 376*

Código Penal, y teniéndose que tal imputación fáctica, como lo destacó la Fiscalía inicialmente en la formulación de imputación (como coautores) y la aceptación de cargos efectuada el día 26 de septiembre de 2018, se corresponde con los elementos estructurales de los delitos endilgados.

Por lo anterior, entre otros elementos materiales probatorios y evidencias allegadas al proceso, los señores YERWIN YECID GUERRA ARIZA, GABRIEL FREIMON VÁSQUEZ BRUGÉS Y JHON ALEXANDER SERRANO RINCÓN, deben ser llamados a responder en esta causa a título de coautores de la conducta de concierto para delinquir en concurso heterogéneo con Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, porque en su contra se satisfacen las exigencias contenidas en el *inciso 3 del artículo 327 del Código de Procedimiento Penal*, lo que comporta que deba dictarse a la misma sentencia condenatoria, máxime cuando dentro del proceso no se demostró ninguna causal excluyente de responsabilidad de que trata el *Código Penal, artículo 32*.

Refiere la A- Quo, que el delito por el cual se procesa tiene señalada una pena mínima de 128 meses y una máxima de 360 meses de prisión. Aduce la A quo, que los que le fueron enrostrados a los acusado según lo contempla los artículos 340 inciso segundo y 376 inciso primero, fueron aceptados en sede de imputación por los indicados, de manera voluntaria, libre y espontánea, y encontrándose debidamente acompañados y asesorados por sus respectivos abogados

técnicos, que nuestro código de procedimiento penal, Ley 906 de 2004, brinda varios momentos en los cuales el procesado goza de la oportunidad para de manera unilateral allanarse a los cargos formulados por la Fiscalía, haciéndose acreedor a una rebaja punitiva, según el momento procesal en que se haga, Observándose que según las previsiones que contiene el Art. 351 del C. de P.P- ley 906 de 2004, que preceptúa: La aceptación de los cargos determinados en la audiencia de formulación de imputación, comporta una rebaja hasta de la mitad de apena imponible, de acuerdo que se consignará en el escrito de acusación. Ahora el Art. 368 ibídem, trae consignado, las Condiciones de Validez de la manifestación, y Preceptúa: De reconocer el acusado su culpabilidad, el juez deberá verificar que la aceptación sea de manera libre, voluntaria, debidamente informado de las consecuencias de su decisión y asesorado por su defensor. Igualmente, preguntará al imputado o a su defensor si su aceptación de cargos corresponde a un acuerdo celebrado con la fiscalía. De advertir el Juez algún desconocimiento o quebrantamiento de garantías fundamentales, rechazará la alegación de culpabilidad y adelantará el procedimiento como si hubiese habido una alegación de no culpabilidad.

Señala que el Art 293 de la misma codificación, reza que "Si el imputado, por iniciativa propia o por acuerdo con la Fiscalía acepta la imputación, se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación. En el presente caso encontró la Juez de primera instancia que los imputados por decisión

propia, libre y espontánea decidieron aceptar los cargos que le hiciera la fiscalía por el delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES EN CONCURSO HETEROGÉNEO CON EL DELITO DE CONCIERTO PARA DELINQUIR encontrándose en el momento procesal de la formulación de imputación, haciendo acreedor a la rebaja de pena que demanda la ley hasta en un 50% por los delitos que les fueron enrostrados, en razón a lo contemplado en el art. 351 del C.P.P., por haberse aprehendido en virtud a orden de captura emitidas en su contra, obligando al Juez de conocimiento el reconocimiento del allanamiento, habiéndose constatado que no hubo desconocimiento ni quebrantamiento a las garantías fundamentales de los acusados, entrando a proferir el fallo respetando la debidamente congruencia con la acusación, que comporta las condiciones del allanamiento debidamente verificado por ese despacho apreciando en el presente caso, que fue voluntad de los imputados YERWIN YECID GUERRA ARIZA, GABRIEL FREIMON VASQUEZ BRUGES Y JHON ALEXANDER SERRANO RINCÓN intervenir en la solución del problema jurídico por ellos mismos propiciado, con la aceptación libre y voluntaria de los cargos por los que le acusó la Fiscalía, a través de la figura del ALLANAMIENTO A CARGOS, con miras a la emisión de un fallo condenatorio, estando en este caso llamada a prosperar su pretensión.

Advierte la falladora de primer de grado que se cuenta en la actuación con suficientes elementos materiales probatorios, evidencias físicas e información legalmente obtenida, según

los detallados por los artículos 380, que manda a la apreciación probatoria en su conjunto y los arts. 381 y 382 de la Ley 906 de 2004, los cuales llevan a esta agencia judicial al conocimiento, más allá de toda duda razonable acerca de la ocurrencia de dichas conductas punibles en el caso que ocupa nuestra atención, y de la responsabilidad penal de los acusados en el mismo, y que por tanto se desvirtúa su Presunción de inocencia, dándose así cumplimiento a lo normado en el artículo 327, infine, de la normatividad en cita. Ahora, en el asunto bajo examen YERWIN YECID GUERRA ARIZA, GABRIEL FREIMON VÁSQUEZ BRUGES Y JHON ALEXANDER SERRANO RINCÓN,

Por lo anterior y por estar amparada de legalidad la aceptación de cargos realizada por los imputados en la audiencia de la Formulación de Imputación, fue acogida por la Juez de primera instancia la pena de setenta (70) meses de prisión. En cuanto a la pena de multa y demás accesorias, una multa impuso la multa de 2.017 SMLMV. Como accesoria, impuso la inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un periodo igual al de la pena principal, según lo dispuestos por los *artículos 44 y 52 del Código Penal*.

En lo tocante a los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, para la juez de conocimiento, no hay lugar a la suspensión condicional de la ejecución de la pena impuesta a los condenados.

Para la falladora de primer grado, tampoco es dable conceder la sustitución de la prisión intramural por la domiciliaria del *artículo 38b del Código Penal*, pues la pena mínima prevista en la ley para el delito por el cual se condena es de 128 meses o sea 10 años más 6 meses de prisión, monto que excede los ocho años que prevé la norma como límite objetivo de procedencia.

Asimismo, no se acredita la exigencia del *numeral 2º ibidem*, que impide la concesión del beneficio cuando alguno de los delitos por el que se condena se encuentra enlistado en el *inciso 2º del artículo 68ª del Código Penal*, dentro del cual figuran todas las conductas punibles dolosas contra el tráfico de estupefacientes, lo que torna inviable la concesión del mecanismo sustitutivo con base en la disposición analizada.

El despacho en su sentencia puntualizó que, en lo atinente a la solicitud de libertad condicional para YERWIN YESID, la defensa estimo que, su defendido cumple con los requisitos demandado en el art. 64 del C.P. basta hacer solamente el análisis del factor objetivo demandado como requisitos para su concesión, para determinar que, a la fecha no se han cumplido las 3/5 partes de las pena impuesta, ya que este fue capturado el día 26 de septiembre de 2018, las 3/5 parte de la pena, correspondería a 42 meses de prisión, lo cual a la fecha solo han transcurrido 24 meses, 20 días, no cumpliéndose este requisitos, y en consecuencia el despacho se abstuvo de seguir valorándolos, ya que para la concesión

de dicho beneficio se deben de cumplir todos los contemplados en la norma en cita.

Por otro lado, a favor de YERWIN YESID, la defensa también petición la prisión domiciliaria, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 38 G del C.P. dicha solicitud fue despachada de manera desfavorable por el juzgado puesto que, el artículo 38B estipula que, por los delitos de Concierto Para Delinquir Agravado y delitos relacionados con El Tráfico De Estupefacientes, bajo ese presupuesto normativo y por ser esos mismos delitos objeto de emisión de sentencia encontrarse expresamente prohibidos y en el caso en concreto la Honorable Juez Especializada concluyó que, no se cumplían con los requisitos para acceder a dicho beneficio.

Sobre la solicitud realizada por el doctor WILMAR PITRE FRAGOZO, abogado técnico del señor JHON ALEXANDER SERRANO RINCÓN, de otorgarle a su representado el sustituto de la prisión domiciliaria en su condición de calidad de padre cabeza de familia, en razón a lo dispuesto en el *artículo 461* en concordancia con el *artículo 314 de la ley 906 de 2004*. La Juez de primer grado analizó los requisitos de la *ley 906 de 2004* y la jurisprudencia que deben cumplirse para considerar una persona madre o padre cabeza de familia y por ende ser beneficiaria de la prisión domiciliaria, trayendo a colación lo dicho por la Corte sobre el *artículo 461* en concordancia con

el artículo 314 de la ley 906 de 2004¹. Así como lo dicho con respecto a la calidad de madre o padre cabeza de familia por el artículo 2° de la Ley 82 de 1993, modificado por el artículo 1° de la ley 1232 de 2008.

Con base en lo anterior, señaló la juez que preside el despacho que, dentro del ámbito de los objetivos que el derecho penal imponga por mandato constitucional en el caso concreto, la privación de la libertad en el lugar de residencia del procesado en razón de su condición de padre o madre cabeza de familia no puede en principio suscitar situaciones intolerables de impunidad, es decir, aquella en las cuales el derecho reconocido del menor o de la persona incapacitada afecte de manera grave o desproporcionada la realización efectiva de los fines del proceso o del cumplimiento de las funciones propias de la pena.

Al emitirse sentido del fallo, la defensa planteó que el procesado SERRANO RINCÓN, tenía el carácter de Padre cabeza de familia respecto a sus dos hijos menores, alegando las circunstancias para acreditar tal calidad, no suministró prueba concluyente que, estos dependieran exclusivamente del procesado. Advirtió el Juzgado de primera instancia que, los menores contaban con la presencia de su progenitora. Por esta razón despacho negativamente la petición de la defensa.

¹ SP4945-2019.

Por lo expuesto, el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Riohacha - La Guajira, declara penalmente responsable a los señores YERWIN YECID GUERRA ARIZA, GABRIEL FREIMON VÁSQUEZ BRUGÉS Y JHON ALEXANDER SERRANO RINCÓN, como coautores del delito de Concierto Para Delinquir Agravado En Concurso Heterogéneo Con Tráfico, Fabricación O Porte De Estupefacientes, siendo condenados a la pena descrita anteriormente, negándoseles el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, el sustituto de la prisión domiciliaria, la libertad condicional y el beneficio de prisión domiciliaria por condición de madre o padre cabeza de familia.

V. RAZONES DE LA APELACIÓN

APELACION PRESENTADA POR EL DOCTOR GANDY MELO MONROY.

La defensa manifestó su desacuerdo con la sentencia emitida el 16 de octubre de 2020, en su escrito de apelación relaciona que, sus prohijados aceptaron cargos por el delito de concierto para delinquir. Trae a colación los presupuestos normativos del delito de Concierto Para Delinquir. Afirmando que, en lo atinente al agravante endilgado en la imputación fue por el hecho de traficar drogas, refiere que, ninguna otra circunstancia agravante fue demostrada en la actuación.

Añade que, a sus representados, se les condenó por el delito de Tráfico De Estupefacientes. Pero era deber de la juez de instancia, verificar su existencia real y su legalidad, ello, en el entendido de que nadie puede ser responsable varias veces por la misma conducta. Afirma que, en el caso en concreto sus apadrinados fueron condenados dos veces por el mismo delito, en razón a que se les condenó por el punible de Concierto Para Delinquir con el agravante del tráfico de sustancias y, por otro lado, se les penó por el tráfico de estupefacientes.

Menciona que, los procesados debieron ser condenados por el delito de Concierto Para Delinquir sin agravantes y por el delito de Tráfico De Estupefacientes o en su lugar por el delito de Concierto Para Delinquir sin condenarlos por Tráfico De Estupefacientes a criterio de la defensa, la juez debió condenarlo bajo el presupuesto más favorable para los involucrados. Aduce que, con este hecho se le están vulnerando derechos, principios y garantías constitucionales.

Plantea que, con la sentencia proferida no se encuentran satisfechos los presupuestos legales. Pretende que, el fallo sea corregido en segunda instancia.

Por otra parte, alude que, la negación del sustituto de prisión domiciliaria al señor GABRIEL FREIMON, le genera inconformidad debido a que, VÁSQUEZ BRUGÉS, demostró de manera fehaciente su condición de padre cabeza de hogar,

enfatisa que, existen unos menores que dependen exclusivamente de su padre en lo que tiene que ver con la alimentación, salud, educación y todo lo atinente a la manutención para su óptimo desarrollo personal. Cita el artículo 44 de la Constitución Política y refiere que, el mismo no fue tenido en cuenta por la juez para negar el sustituto.

Por las razones expuestas anteriormente el doctor GANDY MELO MONROY, solicita que, a sus defendidos les sea sustituida la prisión intramuros por la prisión domiciliaria, además que, sea revocada por parte de la Sala De Decisión Penal, la sentencia dictada el día 16 de octubre de 2020, por el Juzgado Primero Penal Del Circuito Especializado De Riohacha.

-APELACION PRESENTADA DIRECTAMENTE POR EL PROCESADO JHON ALEXANDER SERRANO RINCÓN.

En memorial allegado al Juzgado de primer grado el acusado, realizo un recuento de la actuación procesal surtida en primera instancia y solicito al Ad- Que que, revocara la sentencia del 16 de octubre de 2020 emitida por El Juzgado Primero Penal Del Circuito Especializado, en lo que concierne a la revocatoria del beneficio de detención domiciliaria y en su lugar sea concedida la detención domiciliaria.

Cita la normatividad vigente y la jurisprudencia de las altas cortes en relación a la concesión del beneficio de detención

domiciliara por la condición de padre cabeza de familia. Pone de presente el recurrente que, tiene bajo su cuidado y custodia a sus menores hijos y que esta circunstancia persiste en el tiempo y es merecedor de dicho beneficio.

ARGUMENTOS DE LOS NO RECURRENTES.

Dentro de los argumentos de los no recurrentes el fiscal que sigue la causa penal destaca dos tópicos en su escrito.

El primero que menciona es en relación con las terminaciones procesales por aceptación de cargos o por salidas negociadas, ese tipo de argumentos implicarían una especie de retractación que no resulta posible una vez se ha declarado por parte del fallador un sentido del fallo de carácter condenatorio tras verificar adecuada voluntariedad y existencia de elementos materiales probatorios suficientes que demuestren la existencia de los hechos y el compromiso de responsabilidad en el grado necesario para condena, desde antaño esa ha sido la postura jurisprudencial.

En segundo lugar refiere que, de la revisión a la imputación fáctica y jurídica encontró que, fue la adecuada, expresa que, los elementos materiales de prueba conducen a ubicar un grupo de personas dentro de las que se encuentran los procesados que con permanencia en el tiempo se concertaron para efectos de traficar con sustancias estupefacientes, ubicando su centro de operaciones en Maicao, la Guajira y llevando inmerso el cumplimiento de

roles como se acotó en el resumen de los hechos, actividad está por la cual desde luego procede la sanción por el ilícito de CONCIERTO PARA DELINQUIR que en este caso ocurrió para cometer delitos de tráfico de estupefacientes esto es artículo 340 inciso segundo del Código Penal.

Indica que, en el caso bajo estudio no se puede predicar que, el argumento defensivo conlleve a encontrar un distanciamiento entre lo fáctico y lo jurídico de tal magnitud que acredite a un trámite transgresor de garantías fundamentales, por el contrario, la adecuación típica se corresponde con el relato fáctico y por supuesto que las decisiones de la juez falladora se acompañaron a la misma en estricto acatamiento del contenido del artículo 293 del C.P.P. Considera que, en lo que corresponde a la figura de padre cabeza de familia, como claramente se reconoce por el abogado apelante y por el señor JHON SERRANO RINCÓN, lo único acreditado es la calidad de padre de familia, en los restantes requisitos para estructurar esa figura que beneficia a menores en absoluto abandono tras la judicialización de uno de sus padres no surgieron demostrados y consecuencia de ello la única decisión posible era la negativa del sustituto como en efecto aconteció; sobre el particular baste citar que de manera pacífica la H. Corte Suprema de Justicia ha sostenido que si no concurren todos los requisitos necesarios para el efecto no será posible el otorgamiento de la prisión domiciliaria como padre o madre cabeza de familia y, reitera que, no basta simplemente la constatación de la calidad de

padre o madre, sino que además debe demostrarse que no hay familiar cercano que pueda hacerse cargo de las satisfacción de todas las necesidades del menor entre otros requisitos. Sentencia SP77522017 radicado 46277 de mayo 31 de 2017.

VI.- PROBLEMAS JURÍDICOS A RESOLVER.

La Sala estima que en el presente proceso se han de resolver los siguientes problemas jurídicos:

PRIMERO: ¿Los señores YERWIN YECID GUERRA ARIZA y GABRIEL FREIMON VÁSQUEZ BRUGÉS, fueron declarado doblemente responsables del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y a su vez condenados doblemente por dicho delito?

SEGUNDO: ¿Es procedente otorgar a los señores YERWIN YECID GUERRA ARIZA y GABRIEL FREIMON VÁSQUEZ BRUGÉS el sustituto de prisión domiciliaria, que trata el artículo 38B del Código Penal, al haber sido condenado anticipadamente como coautores de las conductas punibles de **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES Y CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO** consagradas en los artículos 376 inciso 1° y 340 inciso 2° del Código Penal a la pena principal de 70 meses de prisión?

TERCERO: ¿Es procedente otorgar el sustituto de prisión domiciliaria, que trata el artículo 38B del Código Penal al señor **JHON ALEXANDER SERRANO RINCÓN**, como padre cabeza de familia, al haber sido condenado anticipadamente como coautor de la conducta punible de **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES Y CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO** consagradas en los artículos 376 inciso 1° y 340 inciso 2° del Código Penal a la pena principal de 70 meses de prisión?

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Esta Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de la Guajira, es competente para conocer de este asunto, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 34 numeral 1°, y 176 de la Ley 906 de 2004, por lo que sólo se referirá exclusivamente a los puntos materia de impugnación y de aquellos que inescindiblemente se relacionen al tema objeto de la misma.

Para resolver el primer interrogante la sala abordara lo siguiente:

En el esquema procesal de la Ley 906 de 2004, es posible que tan sólo con la formulación de la imputación verificada ante el juez de control de garantías en el escenario de la audiencia preliminar, cuando ella fue aceptada por el imputado de manera voluntaria, libre, espontánea e informada, el juez de

conocimiento competente cite para la celebración de audiencia de individualización de la pena y sentencia así lo prevé los artículos 286, 293 y 351.

Sea que se cristalice o no esa circunstancia, esto es, el allanamiento a la imputación, su formulación implica para el respectivo fiscal que al expresarla de manera oral sea en extremo cuidadoso de manera que el imputado, en un principio, y el juez de conocimiento, después, no alberguen la menor duda acerca de cuáles fueron los hechos jurídicamente relevantes y la forma como éstos se amoldan a los preceptos que contienen los respectivos presupuestos fácticos y prevén las respectivas consecuencias.

Si el allanamiento a la imputación significa la renuncia por parte del imputado a las garantías de no auto incriminación, del juicio oral, debate y controversia probatoria, lo mínimo que puede esperar del fiscal que se la fórmula de manera oral, es que, además de fijarla con suma precisión en sus facetas fáctica y jurídica como lo tiene decantado la Sala en profusa jurisprudencia², la exprese de manera tan clara que tanto el investigado como la defensa sepan a cabalidad cuál es el marco de la imputación y puedan proyectar con gran margen de proximidad las consecuencias punitivas de allanarse a esa imputación.

² Sentencias de casación 26.087, 26.468 del 28 de febrero y 27 de julio de 2007, respectivamente, entre otras.

De manera colateral, en desarrollo del principio de lealtad consagrado en el artículo 12 de la Ley 906, el allanamiento unilateral a la imputación, expresado en el acto que nos ocupa por parte del imputado, implica para el fiscal la renuncia a proseguir con la investigación, a presentar una imputación, a descubrir pruebas.

Por esa razón, la claridad de la imputación formulada en sede de audiencia preliminar y que tiene como fundamento, según se desprende del principio de progresividad de la actuación judicial, un juicio de posibilidad de que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga, si así se lo indican al fiscal los elementos materiales probatorios, evidencia física o la información legalmente obtenida que permita hacer inferencia en ese sentido, y que no está obligado a desvelar en ese momento, salvo lo necesario para solicitar imposición de medida de aseguramiento si a ella hay lugar (artículo 288-2), es el marco que vincula de modo inexorable al juez de conocimiento de acuerdo al artículo 351.

De allí que sea del caso evocar lo que ya casi dos lustros sostuvieron la Corte y que no por aludir a un instituto de un esquema procesal diferente al de la Ley 906, deja de tener actualidad frente al sistema oral acusatorio diseñado para Colombia, en punto, precisamente, del elemental contenido de una acusación, por cuanto

“...si en la pieza acusatoria falta la motivación sobre el hecho constitutivo del gravamen o la degradación, o la misma es ambigua o contradictoria, o el funcionario imagina soportes empíricos o racionales que no existen o que lógicamente no pueden inferirse dentro del proceso (absurdo), pues en tal caso la sentencia no puede dictarse porque carecería del apoyo acusatorio necesario para su congruencia”.³

Vigencia conserva esa línea de pensamiento, porque cuando el investigado acepta la imputación, bien por iniciativa propia o acordada con la fiscalía, lo actuado en tal escenario, que para el caso es el de la audiencia preliminar, equivale a la acusación (artículo 293), con todo lo que esta implica: celeridad, eficacia, eficiencia y acreditación de la administración de justicia, marco conceptual y jurídico de la subsiguiente fase –sentencia condenatoria-, activación de la justicia premial como contraprestación a ese precoz sometimiento, todo, sin embargo, a condición de que medie, precisamente, una adecuada acusación.

En tan incipiente etapa, en la cual el fiscal no está obligado a descubrir elementos materiales probatorios, evidencia física ni información en su poder, sí tiene el deber de formular la acusación de manera clara y sucinta, rasgos que se predicán no sólo respecto de los hechos jurídicamente relevantes como aparece al inicio del numeral 2º del artículo 288, sino de las razones por las cuales de los medios persuasivos de que

³ Sentencia de casación 11.066 del 11 de junio de 1999.

dispone “*se puede inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga*”, que es el aspecto determinante de la formulación de la imputación, como lo establece el artículo 287.

Una imputación formulada de manera oscura, ininteligible, contradictoria, ambigua o anfibológica no puede tenerse como ley del proceso, ni considerarse respetuosa de su estructura ni del derecho a la defensa, pues ante una circunstancia así, en la cual el investigado que entendió que aceptaba unos cargos específicos –entendidos en sus dimensiones fáctica y jurídica-, puede llevarse la sorpresa de ser condenado por otros diferentes, sin que el asunto se dirima por la vía del ajuste del fallo a las pautas de la acusación, porque no puede haber congruencia, concordancia o correlación con un hito que no fue debidamente fijado y que permite correr linderos hacia un lado u otro según sea la perspectiva de quien lo observe.

Es de allí que la Corte, entre otras oportunidades, ya haya visionado que:

“*...no queda duda que la formulación de la imputación o de la acusación ha de ser explícita, y clara y así que el procesado la conozca, entienda y comprenda para que ejercite en debida forma su defensa, adquiriendo el derecho a tal conocimiento un carácter instrumental destinado a posibilitar el ejercicio defensivo y preservar el equilibrio entre las partes,*

debe incluir la conducta circunstanciada y con todos los motivos que incidan en la punibilidad.

Consecuentemente, bajo el sistema acusatorio dispuesto para nuestro país, el fundamento de la imputación no ha de ser sólo fáctico, también debe ser jurídico, es decir, se deben incluir los hechos constitutivos de delito con su consecuente calificación jurídica, pues al conocer de ella el imputado ha de saber de sus condignas consecuencias.”⁴

Es el que se examina un caso paradigmático de una imputación formulada de manera tal que a los imputados no les quedó la mínima incertidumbre sobre los hechos jurídicamente relevantes, ni sobre las normas llamadas a ser aplicadas, ni sobre las consecuencias punitivas que la realización de las conductas imputadas les acarrearía, ni respecto de los beneficios de la misma naturaleza que recibirían en caso de allanarse a tal imputación, como en efecto lo hicieron.

Si se examina el desarrollo de la audiencia preliminar llevada a cabo el 26 de septiembre de 2018, concretamente cuando la Fiscalía 26 Especializada Contra el Narcotráfico de Bogotá, D.C., procedió a formular la imputación, se observa que, en efecto, ésta ostenta claridad, precisión y sindéresis en cuanto a los cargos que por Concierto para Delinquir Agravado y

⁴ Casación 25.862 del 21 de marzo de 2007.

Tráfico, Fabricación o porte de Estupefacientes, les imputó a los allanados. Al respecto, así exteriorizó su discurso:

“El numeral 1 del artículo 288 es numeral dos dice que debemos hacer una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes y que tenemos que hacerlo en un lenguaje comprensible y ello no implica descubrimiento de prueba pero yo si voy a mostrarles algunas fotos de lo que nosotros tenemos porque debo de explicarles el concierto para delinquir que es uno de los cargos que se les va a imputar y que consiste en que varias personas se asocian o se ponen de acuerdo, coordinan durante un periodo de tiempo y con permanencia en el tiempo, se reúnen para qué se reúnen no para hacer fiestas y para celebrar su cumpleaños sino para delinquir, la fiscalía encontró que ustedes 3 se reunieron con otras personas para cometer delitos que están relacionados con tráfico de estupefacientes, y nosotros encontramos que eso lo hicieron desde el mes de enero del año 2017, todos ustedes 3 y otras personas que estuvieron muy puntuales realizando esas actividades hasta mayo de 2017, perteneciendo a esa agrupación y esa agrupación sigue vigente con la participación de otros áreas y otras personas y el jefe ustedes que se conoce como áreas claves siguen coordinando incluso en este momento el envío de sustancias estupefacientes lo han hecho durante ese periodo de tiempo y eso representa la comisión de delito de concierto para delinquir, solo eso solo por reunirse y acordar así no lo logren, pero acordar entonces es que me reúno y acuerdo que sacó marihuana y así yo no lo logre estoy cometiendo el delito, entonces por cada una de las actividades que comentan bajo el de tráfico de estupefacientes que es en que consiste en claro sacar del país almacenar transportar o guardar vender, financiar, sustancias estupefacientes y dentro de esas sustancias estupefacientes se encuentra la marihuana luego vemos que eso fue lo que encontramos durante todo este tiempo.”

Ahora respecto a la participación de cada uno de los condenados, la Fiscalía les explicó menudamente cual era el rol de cada dentro de la organización, asimismo le indicó cual fue trabajo por la Fiscalía dentro de la investigación, como siguieron cada una de las actividades realizadas, dándoles,

fechas, hora, lugares, nombre de personas con las que se reunían, datos de llamadas telefónicas, etc., es decir, que realizó un relato claro y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes.

De la intervención de la fiscal, se advierte, desde el punto de vista fáctico, que con claridad explicó que los procesados **YERWIN YECID GUERRA ARIZA, GABRIEL FREIMON VÁSQUEZ BRUGÉS Y JHON ALEXANDER SERRANO RINCÓN**, venían siendo investigados debido a que el FBI de los EE.UU. rindió una comunicación a la Policía Nacional Colombiana mediante la cual referenció que tenía datos en una investigación en ese país, teniendo claro que, una mujer conocida como CAROLINA, estaría teniendo contactos con miembros de una organización delincuenciales que estaba sacando sustancias de estupefacientes hacia el exterior, mujer que entregó una carta el 30 de agosto del año 2016, a la Policía Nacional de Colombia y aportó algunos datos telefónicos que estaría utilizando alias "CAROLINA", procediendo la Policía Nacional a interceptar esos números y empezaron hacer algunas escuchas de alias "carolina" que hablaba con un alias "don Jaime" el cual después se comunicó con un alias "caliche" y de ese alias "caliche" resultaron unos números en los cuales se involucraron a los procesados.

Informó que, de las interceptaciones realizadas a los procesados se logró establecer que, el modus operandi de esa agrupación, de carácter trasnacional, adquirían la sustancia estupefaciente en la zona rural de Maicao la Guajira, luego la trasladaban vía

terrestre al punto de acopio que se llama Puerto Ingles en la Alta Guajira, allí era recibida por otras personas que contactaban la organización criminal y las embarcaban en lanchas para ser llevadas hasta puerto Cumarebo Venezuela y, desde allí la sacaban llevándola hasta Curazao, donde era recibida por otros miembros de la organización. Dejando claro que desde el 26 de enero del año 2017, los allanados han obrado de acuerdo para sacar estupefacientes del país, tal como Marihuana; organización que se ha mantenido en el tiempo, hasta el mes de septiembre de 2018, logrando sacar 45 kilos y 900 gramos de marihuana que fueron incautadas en aguas de Curazao, el día 2 de marzo de 2017, sustancia que fue entregada por GABRIEL FREIMON VÁSQUEZ BRUGÉS a YERWIN YECID GUERRA ARIZA, quien coordinaba la actividad con DARWIN RIVERA Y JHON ALEXANDER SERRANO, centrando la participación centro la participación de los procesados en el punible, en torno a que, el señor GABRIEL se encargó de venderla, YERWIN se encargó de transportarla, y John por su parte, se asoció con alias "flaco", y reunieron la plata para comprar la sustancia estupefacientes. Esbozando que, debido a esas actuaciones se le adelanta la respectiva judicialización por los delitos de Concierto Para Delinquir Agravado y Tráfico, Fabricación o Porte De Estupefacientes.

De lo anterior se tiene que hubo nítida alusión a la realización de las conductas endilgada a los procesados, haciendo énfasis en ese momento en que se imputaba dos conductas que era el concierto para delinquir agravado y tráfico, fabricación y porte de estupefacientes, por lo que puede sostener que al allanarse a

la imputación de la forma como fue expuesta por la fiscalía, tenían los procesados claridad acerca de que se les iba a aplicar las referidas consecuencias. Nótese que luego de terminada la exposición del fiscal, el juez de control de garantías, antes de interrogar a los imputados si la aceptaban, hizo las siguientes manifestaciones tales como sí, conocían los delitos por el cual se les estaban imputando, los beneficios que acaecían en caso de aceptar cargos y el procedimiento que se seguirá en caso no aceptar los cargos.

Después de ese exordio y de hacer las advertencias de rigor acerca de la condición de imputados, el juez los interrogó acerca de si entendían la imputación y si actuaban de manera consiente y voluntaria, recibiendo respuesta afirmativa y la subsiguiente manifestación de plegamiento a los cargos, que les quedaron vinculados de acuerdo con esa última aclaración del juez, basada en la misma disertación del fiscal, acerca de que ya eran imputados y que estaban vinculados a una investigación por los delitos de concierto para delinquir agravado y tráfico, fabricación y porte de estupefacientes.

Ahora, el principio de lealtad vincula al juez de conocimiento, pues en tanto siendo una finalidad de los acuerdos y negociaciones, y por eso mismo de la aceptación de cargos unilateral, la de aprestigiar la administración de justicia, no encuentra esta Colegiatura que se hayan aquél trastocados los términos de la imputación, no se adicionó causales de agravación punitivas que no se enrostraron en la imputación ni

desconocieron las de atenuación que se reconocieron, tampoco se atribuyeron modalidades ejecutivas o dispositivos amplificadores del tipo penal que no conformaron la médula de los imputados. De manera, entonces, que el quebranto a la estructura del proceso que alega el señor defensor no se ha configurado en este caso, pues de haberlo hecho la Juez de primer grado se hubiese originado una desarmonía entre la imputación y la sentencia, situación que no sucedió, pues la Juez A quo, determinó las penas de acuerdo a los delitos que la fiscalía le imputó a los condenados, mismo que imputados aceptaron de manera libre consiente y voluntaria, por lo que desestima esta Colegiatura los argumentos expuestos por el señor defensor sobre la vulneración al debido proceso dentro de esta causa penal.

Pasamos a la siguiente solicitud del defensor de los condenados YERWIN YECID GUERRA ARIZA y FREIMON VÁSQUEZ BRUGÉS.

DE LA PRISIÓN DOMICILIARIA

La Sala examinará detalladamente los planteamientos expuestos por el defensor, quien encuentra reparos en la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Riohacha, La Guajira, el día 16 de octubre de 2020, a través de la cual denegó a los procesados, la sustitución de prisión domiciliaria por la intramural, al no cumplirse los requisitos exigidos para tal efecto.

El censor solicita a esta Colegiatura la revocatoria de la negativa de dicho beneficio y en su defecto, se ordene que los procesados cumplan su condena en el lugar de su residencia, al considerar que sus apadrinados son beneficiarios del subrogado penal solicitado.

Para efectos de concesión de la prisión domiciliaria, se podría decir que en principio el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014 es más benigno que el artículo 38 de la Ley 599 de 2000, en primer lugar, porque amplía el ámbito de aplicación objetivo de la norma ya que se pasa de delitos que tengan pena mínima inferior de cinco años a ocho y en segundo lugar, el análisis de la condición subjetiva se puede decir que ahora es más laxo porque debido a que no se requiere del estudio de las condiciones personales de los sentenciados para el pronóstico de no peligrosidad y cumplimiento efectivo de la pena, sino que se exige simplemente la constatación de su arraigo familiar y social. No obstante, la nueva ley introduce un requisito adicional que no traía la modificada: que el procesado no haya sido condenado por los delitos enlistados en el artículo 68 A del Código Penal.

Si la condena no tiene que ver con tales reatos, la cuestión no ofrece ninguna complejidad puesto que, sin lugar a dudas, la norma más benéfica para el inculcado es el artículo 23 de la Ley 1709 referida, tal como ya se viene analizando; por lo tanto, en virtud del principio legal y constitucional de favorabilidad se aplicará ésta.

Para resolver el pedimento en mención, se hace necesario precisar el contenido del artículo 38B de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 23 de la ley 1709 de 2014, que dice:

“Requisitos para conceder la prisión domiciliaria. Son requisitos para conceder la prisión domiciliaria:

1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos.
2. Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2° Del artículo 68A de la Ley 599 de 2000.
3. Que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado. En todo caso corresponde al juez de conocimiento, que imponga la medida, establecer con todos los elementos de prueba allegados a la actuación la existencia o inexistencia del arraigo.
4. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones:
 - a) No cambiar de residencia sin autorización, previa del funcionario o judicial;
 - b) Que dentro del término que fije el juez sean reparados los daños ocasionados con el delito. El pago de la indemnización debe asegurarse mediante garantía personal, real, bancaria o mediante acuerdo con la víctima, salvo que demuestre insolvencia;

- c) Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello;
- d) Permitir la entrada a la residencia de los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión. Además, deberá cumplir las condiciones de seguridad que le hayan sido impuestas en la sentencia, las contenidas en los reglamentos del Inpec para el cumplimiento de la prisión domiciliaria y las adicionales que impusiere el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad."

En el caso sub examine, se tiene que para verificar lo preceptuado en el numeral 1º de la norma en mención, es menester resaltar que los ciudadanos YERWIN YECID GUERRA ARIZA, GABRIEL FREIMON VÁSQUEZ BRUGÉS Y JHON ALEXANDER SERRANO RINCÓN, fueron condenados como coautores responsable del delito de por el punible de TRAFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES EN CONCURSO HETEROGÉNEO CON EL DELITO CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO, a la pena de 70 meses de prisión y la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un periodo igual al de la pena principal.

Al advertir que los injustos de FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ESTUPEFACIENTES y CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO, contempla una pena mínima para el primero de coautores 128 meses a 360 meses de prisión, y para el segundo delito la Ley contempla un pena mínima 8 a 18 años de prisión, que corresponde de 96 a 216 meses de prisión, la Sala da por sentado que los procesados cumple con este

primer presupuesto para la concesión de la prisión domiciliaria, en la medida que dispone que la sanción penal sea igual o inferior a 8 años de prisión esto para el delito de concierto para delinquir agravado. No obstante, el deliro de tráfico, fabricación o porte de estupefaciente, contempla una mínima de 128 meses, es decir de 10 años. Asimismo, los delitos citados en precedencias, se encuentra incluidos en el inciso 2° del artículo 68 A de la Ley 599 de 2000; lo que implica la exclusión del subrogado solicitado para los sentenciados, relevándonos así de realizar cualquier otro tipo de análisis al respecto, por cuanto para la concesión de la sustitución de medida de aseguramiento se deben cumplir todos los requisitos objetivos que la norma exige.

Esta Sala de decisión penal encuentra que el apelante insiste en su otorgamiento para sus prohijados, ignorando que la ausencia del requisito objetivo soportó con acierto la negación de dicho beneficio en el fallo proferido por el A quo. Efectivamente, ese requisito establecido en el artículo 68 A de la ley 599 de 2000, presenta una doble prohibición respecto a la concesión de la sustitución de medida ya mencionada, toda vez que en primera medida la norma determina la negativa para conceder el beneficio cuando el sujeto haya sido condenado por delitos dolosos o preterintencionales, dentro de los cinco años inmediatamente anteriores a la comisión de la conducta punible, y seguidamente indica que tampoco se concederán cuando haya sido condenado por delitos relacionados con el tráfico o porte de

estupefacientes⁵ y el concierto para delinquir agravado como lo es en el Sub lite.

Según lo manifestado en precedencia, la Sala no puede acceder a lo petitionado por el impugnante, dado que, para conceder la prisión domiciliaria, deben cumplirse todos los factores que hoy inciden en la concesión del subrogado.

Si la Sala entrara aplicar ese subrogado penal sin cumplirse los requisitos objetivos de la norma, estaríamos desbordándonos dentro de nuestras facultades otorgadas por la constitución y la ley, para aplicar una nueva ley diferente a la establecida por el legislador, lo que no se puede insularmente aplicar lo favorable y omitir lo desfavorable, pues lo lógico y legal no es otra cosa que aplicar en su integridad la norma que hoy se revisa.

Finalmente, hay que poner de presente que con la reforma que trajo la ley 1709 de 2014, en sus artículos 22 y subsiguientes, se excluyó el estudio de los requisitos subjetivos que traía inicialmente el artículo 38 del CP., limitando al Juzgador a conceder el subrogado penal de la prisión domiciliaria, solo con el cumplimiento de los requisitos objetivo que se establecen en el artículo 38B ibidem, razón por la cual, mal haría cualquier fallador en conceder este tipo de prerrogativas, a sabiendas de la imposibilidad que existe tanto normativa como jurisprudencial para conceder la

⁵ Artículo 4 ley 1773/2016

prisión domiciliaria sin cumplirse los requisitos objetivos de la norma.

DE LA SOLICITUD DEL SEÑOR JHON ALEXANDER SERRANO RINCÓN, DE LA PRISIÓN DOMICILIARIA BAJO LA FIGURA DE PADRE CABEZA DE FAMILIA.

Ahora bien, para resolver la Sala si el penado **JHON ALEXANDER SERRANO RINCÓN**, se hace acreedor a la prisión domiciliaria bajo el argumento de asistirle la condición de padre cabeza de familia, debe decirse que es potestativo del Juez de Conocimiento al momento del fallo referirse al artículo 461 Ley 906 de 2004, por remisión del artículo 314 ibidem (modificado por el artículo 27 Ley 1142 de 2007), y en especial a la causal de padre cabeza de familia, por lo que es necesario verificar el cumplimiento de las exigencias que facultan para acceder al beneficio.

En el presente asunto, Observa la Colegiatura que el condenado **JHON ALEXANDER SERRANO RINCÓN**, viene gozando de libertad, en virtud a una sustitución de medida de aseguramiento otorgada el día 10 de octubre de 2018, por el Juez Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías Ambulante, Bacrim, que lo cobijó eventualmente hasta el sentido del fallo condenatorio. Sin embargo, ha advertido el fallador en su decisión, que no se dan los presupuestos para otorgar el derecho de la prisión domiciliaria; y nada dice de haberse arrimado por la defensa,

pruebas contundentes para otorgar la sustitución de la ejecución de la pena por la condición de padre o madre cabeza de familia a su defendido, de hecho el señor defensor del condenado ni siquiera interpuso recurso de alzada a la decisión de la señora juez, sino que posteriormente el mismo condenado es quien presenta recurso de apelación contra la decisión tomada por la Juez aquí el 16 de octubre de 2020, donde solicita el subrogado de la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia.

Ha sido pacífica la jurisprudencia al delimitar el concepto de madre cabeza de familia, planteado inicialmente en la Ley 82 de 1993⁶.

Sobre ese tópico, ha dicho la Corte Constitucional que:

*...el concepto de miembro cabeza de familia podría ser igualmente aplicado al padre que se encuentre en similares circunstancias a la mujer, con base en el interés superior consagrado en el artículo 44 de la Carta Política respecto de los derechos fundamentales de los niños. La Corte en sentencia SU-389 de 2005 unificó su jurisprudencia acerca de los requisitos y beneficios aplicables a los “**padres cabeza de familia**”. En dicha providencia, la Corte manifestó que será tenido **como padre** cabeza de familia, no solo el que provea*

⁶ Artículo 2º: “(...) entiéndase por mujer cabeza de familia, quien, siendo soltera o casada, tenga bajo su cargo, 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 los demás miembros del núcleo familiar.”

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 condiciones que a continuación se enunciarán:

“(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 párrafo 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”.

*Si bien esta jurisprudencia analizó el artículo 1° de la Ley 750 de 2002, norma relativa al especial apoyo que se le brindaría a la mujer cabeza de familia en materia de prisión domiciliaria y trabajo comunitario, en esa oportunidad la Corte también consideró la situación del hombre que tuviese a su cargo el cuidado de los hijos y actuase en ese evento como padre cabeza de familia. Más **la importancia de reconocer el derecho a la detención domiciliaria no tiene por finalidad principal favorecer a uno u otro padre, sino la efectiva protección de quienes se encuentran en especial condición de vulnerabilidad y dependencia de sus padres.**⁷ (Énfasis agregado por la Sala)*

Por ende, como ya lo ha referido esta Corporación, el concepto *padre o madre cabeza de familia* no debe limitarse a que se considere como tal a quien se encuentre al cuidado de los hijos o soporte económicamente al hogar. Estos

⁷ Ver en ese sentido sentencias T-925 de 2004, SU-389 de 2005 y T-039 de 2009, entre otras.

factores no deben sopesarse aisladamente sino de forma integral, valorando también si el progenitor que reclama tal condición les brinda el afecto, la formación y la educación que su especial condición de indefensión exige y si es realmente ineludible su presencia en el núcleo familiar, para que, con ella, los menores obtengan el bienestar necesario, que debe ser garantizado por sus progenitores.

Así las cosas no es la simple condición de persona cabeza de familia la que de manera automática impone el otorgamiento del derecho a la prisión domiciliaria, se requiere en cada caso, la constatación de que los derechos de los hijos menores o mayores discapacitados de los condenados se encontrarían desprotegidos frente a la ausencia de su padre o madre cabeza de familia, pues es en favor de estos que se ha instituido el derecho y no como un mecanismo para evadir el cumplimiento de la pena; así como tampoco el interés superior del menor implica un reconocimiento mecánico e irracional de sus derechos.

Por todo lo anteriormente dilucidado, se tiene que la privación de la libertad en el lugar de residencia del condenado padre cabeza de familia, no puede en principio suscitar situaciones intolerables de impunidad y fraude a la justicia penal.

De otro lado, es evidente que en el presente caso el juez fallador ha encontrado que la conducta del señor JHON

SERRANO RINCON antes de ayudar a preservar el interés superior de los niños con los que convive en su hogar, antes de ayudar a proteger esos derechos de los niños, lo que pude generar es deterioro en su formación y afectar gravemente su salud, e integridad física, ya que según la información detallada en el proceso este trafica con estupefacientes y colabora con una organización criminal se concierta para cometer ese delito de tráfico de estupefacientes, conducta que es reprochable desde todo punto de vista , y que de otorgársele la prisión domiciliaria podría continuar con su actividad delictiva afectando gravemente la salubridad del lugar donde habita con su menor hija.

Además, encontró la a quo, la existencia de la progenitora, que según la información suministrada por la fiscalía y lo que se observa en el plenario procesal, cuenta con la progenitora de la menor, así como una familia que pueden atender a la menor, que concurren en la protección y cuidado de la hija del procesado.

De acuerdo a lo expuesto en precedencia, esta Corporación llega a la conclusión que, al existir la progenitora de la menor y contar con otros familiares cercanos que pueden cuidar a la menor mientras su padre se encuentre recluido en virtud del cumplimiento de la sentencia condenatoria dictada contra él, lo que corresponde en este caso es que la Sala se abstenga de emitir pronunciamiento positivo o negativo sobre la concesión de la prisión domiciliaria; específicamente frente

al evento de que el condenado alega tener la condición de “Padre Cabeza de Familia”; en su lugar se debe disponer que se difiera el estudio del asunto para la etapa de la ejecución de la pena, por aplicación del artículo 461 procesal penal.

Con lo anterior, se preserva el Debido Proceso, al igual que las garantías de defensa del procesado, en la medida que cualquiera que sea la decisión que asuma el Juez ejecutor de la sanción, será posible su revisión en segundo grado; mientras que, si abordara esta Sala la respuesta a la solicitud de sustituir la prisión intramural por la domiciliaria, el fallo sería vinculante para las partes y no podría ser nuevamente debatido ante el Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad.

Ahora bien, aunque el señor JHON SERRANO RINCON, haya mencionado que es padre cabeza de familia y tiene una hija menor de edad, no acreditó siquiera sumariamente que reúna la totalidad de los requisitos establecidos por la Ley 750 de 2002 y las sentencias C – 184 de 2003 y C – 154 de 2007, para la concesión de la prisión domiciliaria por ser padre cabeza de familia; solicitud en la que se enfoca su defensor; es decir, que tenga a su hijo menor de edad bajo su cargo exclusivo, por no contar con la figura paternal, y que nadie puede sustituirla dentro del núcleo familiar en ese rol.

En consecuencia, de todo lo esclarecido en precedencia, esta Corporación confirmará la sentencia proferida por la

Juez Primera Penal del Circuito Especializado de Riohacha, el día (16) dieciséis de octubre de 2020.

En mérito de lo expuesto la Sala de Decisión Penal, del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Riohacha – La Guajira,

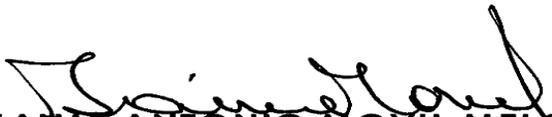
RESUELVE:

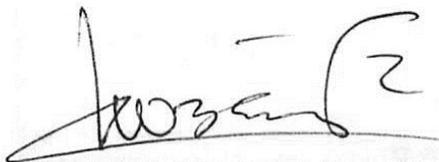
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia condenatoria dictada por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Riohacha, (La Guajira), el día 16 de octubre de 2020, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

TERCERO: Vencido el término de la ejecutoria devolver al juzgado de origen.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


JAIME ANTONIO MOVIL MELO
Magistrado Ponente


LUBÍN FERNANDO NIEVES MENESES
Magistrado