



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

PRISIÓN DOMICILIARIA-Madre Cabeza de Familia.

El artículo 38A y 38B de la Ley 599 del año 2000, con la modificación dispuesta en el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014, impone como requisitos mínimos para la concesión de la prisión domiciliaria, que (i) La sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos, (ii) Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000, (iii) Que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado. Sin embargo, la misma norma determina que al juez de conocimiento, que imponga la medida, le corresponde establecer con todos los elementos de prueba allegados a la actuación la existencia o inexistencia del arraigo.

La Ley 750 de 2002, autorizó legalmente la prisión domiciliaria, para Madres Cabeza de Familia¹, en sustitución de la prisión intramural, la que se debe cumplir en el lugar de residencia o en el identificado por el juez, en caso de que la víctima de la conducta punible resida en aquel lugar, beneficio que luego se extendió jurisprudencialmente al hombre que demostrara su calidad de padre cabeza de Familia, en consecuencia, los subrogados penales son un derecho del condenado siempre y cuando se verifiquen y cumplan los supuestos objetivos y subjetivos que el legislador ha establecido.

REPUBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO
SALA UNICA**

**PATRIMONIO HISTÓRICO Y CULTURAL DE LA NACION
LEY 1128 de 2007**

RADICACIÓN:	152383104002201700609 01
ORIGEN:	JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO DE DUITAMA
PROCESO:	CONCIERTO PARA DELINQUIR y Otros
PROVIDENCIA:	SENTENCIA
DECISION:	CONFIRMAR
PROCESADOS:	SANTIAGO BAYONA PATIÑO y Otros
APROBADA:	Acta N° 140

¹ “(...) es 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, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.”
“(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.”

M. PONENTE:	JORGE ENRIQUE GOMEZ ANGEL Sala Segunda de Decisión
-------------	---

Santa Rosa de Viterbo, jueves dieciocho (18) de octubre de dos mil
dieciocho (2018)

1. OBJETO:

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de los procesados Jorge Alexander López González, Brayan Dayán Upegui, Santiago Bayona Patiño, Karina Michel Rubio Ortiz y Rolin Yezid Blanco Nuñez, contra la sentencia proferida el 30 de abril de 2018 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Duitama.

2. ANTECEDENTES:

2.1. Hechos:

Mediante Acta de audiencia 286, el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Función de Garantías, a petición de la Fiscalía 08 URI de Duitama, libró el 10 de octubre de 2017 orden de captura, por el delito de tráfico, fabricación, o porte de estupefacientes, fabricación, tráfico y porte de armas de fuego, además de hurto agravado y calificado; contra los indiciados: Macario Cano Claros, Brayan Dayan Upegui Martínez, Santiago Bayona Patiño, Pedro Fabián Jarro Montoa, Jorge Alexander López González, Karina Michel Rubio Ortiz, Greidy Jeison Socha Colmenares, Cesar Hernán Socha Colmenares, Merardo Pedraza Mora, Rolin Yesid Blanco Núñez, Víctor Julio Ángel, Huber Alexander Angarita León, Álvaro Javier Benítez Abril, Juan Pablo Hurtado Roa, Ernesto Aguirre Espinel y Renzo Aníbal Adame Ovalle.

2.2. Trámite procesal:

La audiencia de imputación celebrada los días 19 y 20 de octubre del año anterior, ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal, con función de control de garantías en Duitama, se realizaron audiencias de legalización de

allanamiento y registro; de legalización de incautación de elementos y decretándose la legalidad de la captura de los aprehendidos, citando entre otros a Renzo Aníbal Adame Ovalle, Rolin Yesid Blanco Núñez, Merardo Pedraza Mora, Cesar Hernán Socha Colmenares, Karina Michel Rubio Ortiz, Jorge Alexander López González, Santiago Bayona Patiño y Brayan Dayan Upegui Martínez, se hizo imputación además a Brayan Dayán Upegui Martínez, Santiago Bayona Patiño, Karina Michel Rubio Ortiz, Greidy Jeison Socha Colmenares y Cesar Hernán Socha Colmenares, en calidad de coautores del delito de concierto para delinquir, señalado en el artículo 340 del Código Penal, en concurso heterogéneo a título de dolo con el delito de tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes (artículo 376 del Código penal); a Jorge Alexander López Gonzáles y Rolin Yesid Blanco Núñez, como coautores a título de dolo, del delito de concierto para delinquir, en concurso heterogéneo a título de dolo en el delito de Hurto calificado y Agravado, como lo determinan los artículos 239, 240, y 241 del Código Penal; y respecto a Merardo Pedraza Mora y Renzo Aníbal Adame Ovalle, se les imputó el delito de concierto para delinquir, a que se refiere el artículo 340 del Código Penal, en calidad de coautores, a título de dolo, siendo del caso anotar, que los antes mencionados aceptaron cargos en esa oportunidad, los demás indiciados se desvincularon del proceso.

El 23 de octubre de 2017 el Juzgado Cuarto Penal Municipal, con Función de Control de Garantías de Duitama, impone medida de aseguramiento Privativa de la Libertad en Establecimiento Carcelario de conformidad con el numeral 1 del artículo 307 del Código de Procedimiento Penal, en contra de Jorge Alexander López Gonzáles, Ernesto Aguirre Espinel, Juan Pablo Hurtado Roa, Brayan Dayan Upegui Martínez, Santiago Bayona Patiño, Álvaro Javier Benítez Abril, Rolin Yesid Blanco Núñez y Víctor Julio Ángel , absteniéndose de hacerlo frente a los imputados Karina Michel Rubio Ortiz, Greidy Jeison Socha Colmenares, Cesar Hernán Socha Colmenares, Merardo Pedraza Mora y Renzo Aníbal Adame Ovalle.

El 01 de noviembre de 2017 mediante acta número 182, el Juzgado Segundo Penal del Circuito, con Función de Conocimiento de la misma localidad, admitió imputación a Renzo Aníbal Adame, Rolin Yesid Blanco Núñez

(preso), Merardo Pedraza Mora, Cesar Hernán Socha Colmenares, Greidy Jeison Socha Colmenares, Karina Michel Rubio Ortiz, Jorge Alexander López Gonzales (detenido), Santiago Bayona Patiño (detenido) y Brayan Upegui Martínez (detenido), así:

a. Concierto para delinquir:

Tras analizar los presupuestos de gravedad, daño y dolo de la pena a imponer para Renzo Aníbal Adame Ovalle y Merardo Pedraza Mora, sería de sesenta (60) meses de prisión para cada uno de ellos.

b. Hurto Calificado Agravado:

Considerando prudente imponer a Jorge Alexander López Gonzáles y Rolin Yesid Blanco Núñez, por el delito de hurto calificado agravado, una pena de ciento treinta (130) meses de prisión, y si el hurto se endilgada en concurso heterogéneo, la pena sería de ciento cuarenta (140) meses de prisión para cada uno de ellos.

c. Trafico, fabricación o porte de estupefacientes:

La pena a imponer sería de setenta (70) meses de prisión y multa de dos (2) salarios mínimos, para Brayan Duvan Upegui Martínez, Santiago Bayona Patiño, Karina Michel Rubio Ortiz, Greidy Jeison Socha Colmenares, y Cesar Hernán Socha Colmenares, debiendo aumentar en diez (10) meses por concurso heterogéneo quedando una pena definitiva de ochenta meses de prisión.

2.2.2. Sentencia de Primera Instancia:

El 30 de abril de 2018 en audiencia pública, surtida ante el juez de conocimiento, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Duitama, se declaró penalmente responsables a:

Jorge Alexander López Gonzáles y Rolin Yezid Blanco Núñez, (65) meses de prisión, como coautores a título de dolo, del delito de concierto para delinquir, en concurso heterogéneo, con el delito de hurto agravado y calificado, con una reducción por allanamiento a cargos es del 50%, pues los sentenciados aceptaron cargos en la audiencia de imputación.

-Brayan Duvan (sic) Upegui Martínez, Santiago Bayona Patiño, Karina Michel Rubio Ortiz, Greidy Jeison Socha Colmenares y Cesar Hernán Socha Colmenares, cuarenta (40) meses de prisión y multa de un (1) salario mínimo

legal mensual vigente, en calidad de coautores, del delito concierto para delinquir, en concurso heterogéneo, a título de dolo con el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

-Merardo Pedraza Mora y Renzo Aníbal Adame Ovalle, treinta (30) meses de prisión en calidad de coautores a título de dolo por concierto para delinquir.

-A todos los sentenciados anteriormente referidos, se le impuso la pena accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un lapso igual a la pena de prisión impuesta a cada uno de ellos, y negó los subrogados penales a Rolin Yezid Blanco Núñez, César Hernán Socha Colmenares, Greidy Jeison Socha Colmenares, Karina Michel Rubio Ortiz, Jorge Alexander López González, Santiago Bayona Patiño y Brayan Dayán Upegui Martínez, y a Renzo Aníbal Adame Ovalle y Merardo Pedraza Mora la Ejecución Condicional de la Pena.

2.2.3. Recurso de Apelación:

Inconforme con el fallo condenatorio, el Defensor de los procesados Jorge Alexander López González, Brayan Dayan o Duván Upegui, Santiago Bayona Patiño y Karina Michel Rubio Ortiz, solicita:

-Se modifique la sentencia del 30 de abril del 2018, concediendo en favor de Jorge Alexander López Gonzales, el beneficio de la sustitución de ejecución de la pena de prisión, en establecimiento carcelario, por prisión domiciliaria, como consecuencia de lo convenido con la Fiscalía Octava URI de Duitama, en virtud del principio de confianza legítima, y desde luego por la colaboración eficaz y efectiva que prestó a la justicia para desarticular las bandas criminales en el departamento, además se debe tener en cuenta, dentro de la pena tasada, que López no tiene antecedentes penales;

-Que los procesados Brayan Dayan o Duván Upegui, Jorge Alexander López y Santiago Bayona Patiño, puedan cumplir sus penas, con el beneficio de prisión domiciliaria, por ser padres cabeza de familia y tener a sus esposas enfermas, y Karina Michel Rubio Ortiz, porque sus dos hijos menores de edad, una niña de seis años y un niño de nueve meses de edad, quedarían al cuidado de sus abuelos maternos, por lo que se solicita de acuerdo con el arraigo familiar y la interpretación de favorabilidad hacia el menor, ya que además ésta Procesada aceptó los cargos y colaboró con la justicia.

-Para Greidy Jeison Socha Colmenares, solicita se le conceda la prisión domiciliaria, por cuanto su abuela María del Rosario Colmenares, de setenta y dos (72) años de edad, depende de su nieto y no se puede mover, pues tiene problemas de cadera que la incapacitan y requiere de una cirugía.

-Que se examine que al Procesado Jorge Alexander López, no se le tuvo en cuenta que era delincuente primario, debiendo tasarse la pena por este Tribunal Superior.

3. CONSIDERACIONES PARA RESOLVER:

3.1. LO QUE SE DEBE RESOLVER:

Teniendo en cuenta las argumentaciones del Defensor de los condenados, debió analizar, si los peticionarios tienen derecho a los subrogados que solicitaron, teniendo en cuenta en cada caso: *(i)* El nivel de responsabilidad, la cuantía de la pena, a partir de las pruebas aportadas y el grado de imputación por la conducta sentenciada, observando, si al hacer la valoración sustancial; *(ii)* si el sentenciador respetó las reglas que le impone la normatividad, y si a partir del mismo se puede concluir el convencimiento y la viabilidad que exige el artículo 68A del Código Penal, o si por el contrario la Primera Instancia, dictó sentencia conforme a la ley, por no tener derecho a subrogados penales, por la naturaleza de delitos cometidos por los procesados; *(ii)* Comprobar si efectivamente cumplen con las calidades de ser padres cabeza de familia, con el objeto de obtener el beneficio de prisión domiciliaria, para el sostenimiento de quienes dependen exclusivamente de ellos, y *(iv)* Si hay mérito, a partir de la valoración que hizo el Juez Sentenciador, para tasar la pena de Jorge Alexander López, se tuvo en cuenta su carencia de antecedentes.

3. 3. EL ASUNTO:

El artículo 38A y 38B de la Ley 599 del año 2000², con la modificación dispuesta en el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014, impone como requisitos

² "Los delitos que no contemplan este beneficio y que son mencionados en el artículo 68A del inciso 2° de la Ley 599 del año 2000 son los siguientes:

mínimos para la concesión de la prisión domiciliaria, que (i) La sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos, (ii) Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000, (iii) Que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado. Sin embargo, la misma norma determina que al juez de conocimiento, que imponga la medida, le corresponde establecer con todos los elementos de prueba allegados a la actuación la existencia o inexistencia del arraigo.

La Ley 750 de 2002, autorizó legalmente la prisión domiciliaria, para Madres Cabeza de Familia³, en sustitución de la prisión intramural, la que se debe cumplir en el lugar de residencia o en el identificado por el juez, en caso de que la víctima de la conducta punible resida en aquel lugar, beneficio que luego se extendió jurisprudencialmente al hombre que demostrara su calidad de padre cabeza de Familia, en consecuencia, los subrogados penales son un derecho del condenado siempre y cuando se verifiquen y cumplan los supuestos objetivos y subjetivos que el legislador ha establecido.

El Sentenciador negó el beneficio de prisión domiciliaria, por no cumplir con los requisitos exigidos por la ley para catalogarlos como padres cabeza de

Tampoco quienes hayan sido condenados por delitos dolosos contra la Administración Pública; delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario; delitos contra la libertad, integridad y formación sexual; estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado; captación masiva y habitual de dineros; utilización indebida de información privilegiada; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; soborno transnacional; violencia intrafamiliar; hurto calificado; extorsión, lesiones personales con deformidad causadas con elemento corrosivo; violación ilícita de comunicaciones; violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial; trata de personas; apología al genocidio; lesiones personales por pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro; desplazamiento forzado; tráfico de migrantes; testaferrato; enriquecimiento ilícito de particulares; apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan; receptación; instigación a delinquir; empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos; fabricación, importación, tráfico, posesión o uso de armas químicas, biológicas y nucleares; delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones; espionaje; rebelión; y desplazamiento forzado; usurpación de inmuebles, falsificación de moneda nacional o extranjera; exportación o importación ficticia; evasión fiscal; negativa de reintegro; contrabando agravado; contrabando de hidrocarburos y sus derivados; ayuda e instigación al empleo, producción y transferencia de minas antipersonal”.

³ “(...) es 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, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.”

“(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.”

familia a Brayan Dayan Upegui, Jorge Alexander López, Santiago Bayona Patiño, y Karina Michel Rubio Ortiz; y a Greidy Jeison Socha Colmenares, como nieto de María del Rosario Colmenares, tomó en cuenta las pruebas aportadas y el entorno familiar de cada uno de los interesados, concluyendo que ninguno de ellos era indispensable para la protección de los derechos de los menores o incapaces señalados en cada una de las peticiones, y la supervivencia de las personas a su cargo, como lo exige la ley y la jurisprudencia, pues existen dentro del grupo familiar, personas que se pueden hacer responsables de los menores o de las mayores en supuesto estado de debilidad manifiesta, puesto que no basta con alegar la paternidad o a necesidad del discapacitado, sino que se requiere que su presencia en el hogar sea determinante para poner en peligro los derechos superiores y privilegiados de los menores, o de la abuela de Greidy Jeison Socha Colmenares, lo cual no fue comprobado clínicamente porque dentro de las supuestas enfermedades críticas que alude padece ésta, ninguna de ellas es una patología que imponga que es precisamente el Procesado, quien deba encargarse de ella, además que de acuerdo con lo alegado, no se puede determinar que las personas que pueden hacerse cargo –y que efectivamente los estaban-, pueda trabajar, ya que al igual que las cónyuges, quienes no padecen discapacidad ni física ni sensorial, que les impida trabajar, proteger y dar los cuidados que la edad impone a sus hijos menores; luego no existe la dependencia de permanencia y cuidado de ser padre cabeza de familia, por parte de ninguno de los procesados apelantes, ni tampoco una extrema necesidad de cuidado, pues en el núcleo familiar y social de los apelantes hay compromiso de los miembros, incluso en el caso de Karina Michel Rubio Ortiz, quien declaró ser la única encargada de mantener a sus hijos y padres económicamente, lo que fue desvirtuado a partir del análisis probatorio, que demostró que en el hogar viven sus ascendientes, los abuelos maternos de sus hijos, son quienes se hacen cargo de sus nietos, los menores hijos de la peticionaria, y no tienen impedimento alguno para hacerlo, no considerándose en consecuencia, demostrados los requisitos para la concesión, deviniendo así la negación que se hizo del derecho invocado por la Primera Instancia, y que este Tribunal Superior comparte, razón suficiente para confirmar esta decisión.

Una queja especial que hace el defensor respecto de Jorge Alexander López, según la cual no se tomó en cuenta por el Sentenciador, que éste era delincuente primario, ello no es cierto, puesto que para tasar la pena, se ubicó en el primer cuarto, que según el artículo 61 del Código Penal, que es el que corresponde, cuando sólo concurren atenuantes o simplemente, no existen ni atenuantes ni agravantes, y como se observa, el sentenciador si tuvo en cuenta la circunstancia, se ubicó en el cuarto mínimo que se extiende entre los ciento ocho (108) y ciento cincuenta y cuatro meses y quince días, y tasó la pena en ciento treinta (130) meses, tomando como criterio que el delito aceptado, fue el de hurto calificado y agravado, que es el delito más grave, en concurso con el concierto para delinquir, lo que obviamente obligaba al Sentenciador para no ubicarse en el mínimo del indicado cuarto, e hiciera, dentro del mismo valor, un aumento por el otro delito, operación que al hacerla, arrojó un guarismo de ciento cuarenta (140) meses, al que aplicó la rebaja por allanamiento a cargos en la imputación, en un 50% acorde con lo dispuesto en el artículo 297 del Código de Procedimiento Penal, sin embargo, a pesar de lo dicho, el juez en la parte resolutive, señaló que la pena definitiva era de sesenta y cinco (65) meses, la que a pesar del error, no se puede modificar por este Tribunal Superior, por cuanto implicaría una *reformatio in peius*, inaceptable por ser el interesado el único apelante. En consecuencia no se accederá a la modificación propuesta por este recurrente.

4. Por lo anteriormente expuesto, la Sala Segunda de Decisión de la Sala Única del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

Confirmar en integridad la sentencia apelada. Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación. De esta providencia, las partes quedan notificadas en estrados.

JORGE ENRIQUE GOMEZ ANGEL
Magistrado Ponente

GLORIA INÉS LINARES VILLALBA
Magistrada
Con ausencia justificada

EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA
Magistrado