



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES – REQUISITO ESENCIAL PARA CONCEDER PRISIÓN DOMICILIARIA POR CONDICIÓN DE MADRE O PADRE CABEZA DE FAMILIA: Deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar”, de modo que si hay otros parientes que puedan encargarse del cuidado, atención y protección de los menores no se cumplen las referidas exigencias legales.

Iniécese por reiterar que, conforme a las normas que rigen el subrogado penal que se solicita, según se indicó en precedencia, la condición de padre o madre cabeza de familia es un estado que no se presume, por el contrario, debe ser debida y plenamente demostrada por quien lo alega, no solo porque para su configuración se requiere el cumplimiento de los presupuestos esenciales contenidos en la Ley 750 de 2002, sino porque es sabido que la obligación de crianza y cuidado de un menor de edad recae en sus dos progenitores y no sólo en uno de ellos. Bajo ese entendido, es que se ha considerado que la condición de padre cabeza de familia se encuentra gobernada por el principio de exclusividad, que exige la demostración de que, quien se irroga dicha calidad, efectivamente sea el único progenitor capaz de brindar cuidado y protección al menor de edad, al punto tal que, si se priva de su libertad en un establecimiento carcelario, no exista una persona diferente que pueda brindarle cariño, protección y cuidado, carga probatoria que recae en quien pretende beneficiarse de los efectos jurídicos previstos en la norma, pues, se insiste, tal condición no se presume. Así las cosas, de la sola lectura del Registro Civil de nacimiento del menor se desprende, inicialmente, la improcedencia del sustituto solicitado pues el menor cuenta con su progenitora, NATALIA URIBE VALDEZ, quien no solo puede, pues como lo indicó el juzgado de primera instancia no se advierte que se encuentre imposibilitada para encargarse del menor, sino que debe por obligación legal, brindarle los cuidados de crianza y manutención necesarios.

TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES – LA CONDICIÓN DE MADRE O PADRE CABEZA DE FAMILIA NO SE PRESUME: Incumplimiento del principio de exclusividad.

Iniécese por reiterar que, conforme a las normas que rigen el subrogado penal que se solicita, según se indicó en precedencia, la condición de padre o madre cabeza de familia es un estado que no se presume, por el contrario, debe ser debida y plenamente demostrada por quien lo alega, no solo porque para su configuración se requiere el cumplimiento de los presupuestos esenciales contenidos en la Ley 750 de 2002, sino porque es sabido que la obligación de crianza y cuidado de un menor de edad recae en sus dos progenitores y no sólo en uno de ellos. Bajo ese entendido, es que se ha considerado que la condición de padre cabeza de familia se encuentra gobernada por el principio de exclusividad, que exige la demostración de que, quien se irroga dicha calidad, efectivamente sea el único progenitor capaz de brindar cuidado y protección al menor de edad, al punto tal que, si se priva de su libertad en un establecimiento carcelario, no exista una persona diferente que pueda brindarle cariño, protección y cuidado, carga probatoria que recae en quien pretende beneficiarse de los efectos jurídicos previstos en la norma, pues, se insiste, tal condición no se presume. Así las cosas, de la sola lectura del Registro Civil de nacimiento del menor se desprende, inicialmente, la improcedencia del sustituto solicitado pues el menor cuenta con su progenitora, NATALIA URIBE VALDEZ, quien no solo puede, pues como lo indicó el juzgado de primera instancia no se advierte que se encuentre imposibilitada para encargarse del menor, sino que debe por obligación legal, brindarle los cuidados de crianza y manutención necesarios.

PRINCIPIO DE EXCLUSIVIDAD - EL SUSTITUTO DE LA PRISIÓN DOMICILIARIA PARA EL PADRE CABEZA DE FAMILIA ES UN DERECHO RECONOCIDO NO A FAVOR DEL ACUSADO SINO DEL MENOR DE EDAD: si no se acredita la desprotección absoluta de este tras la ausencia de su padre, el sustituto es improcedente.

En ese entendido, es claro que la dependencia económica de su compañera permanente no es razón suficiente para ser considerado cabeza de familia, en tanto ante la ausencia del procesado es la progenitora del menor la que, por disposición legal está llamada a reemplazarlo en sus obligaciones, salvo que, como se ha referido, se advierta una circunstancia que la imposibilite, la que en este caso no ha sido acreditada. Debe reiterarse que el sustituto de la prisión domiciliaria para el padre cabeza de familia es un derecho reconocido no a favor del acusado sino del menor de edad, de suerte que, si no se acredita la desprotección absoluta de este tras la ausencia de su padre, el sustituto es improcedente.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

COMISO DEFINITIVO DEL AUTOMOTOR CUANDO ESTE NO ES DE PROPIEDAD DEL SENTENCIADO - EL SUSTITUTO DE LA PRISIÓN DOMICILIARIA PARA EL PADRE CABEZA DE FAMILIA ES UN DERECHO RECONOCIDO NO A FAVOR DEL ACUSADO SINO DEL MENOR DE EDAD: si no se acredita la desprotección absoluta de este tras la ausencia de su padre, el sustituto es improcedente.

En el presente asunto, aunque es cierto que el vehículo automotor fue incautado en trámite de registro y allanamiento con fines de comiso, no lo es menos que de los documentos allegados por la defensa al plenario se advierte que el mismo se encuentra a nombre del señor MARTÍNEZ MOZO DAVID FABIÁN persona diferente al acusado y condenado, circunstancia que se acredita con la licencia de tránsito y transporte allegada, la que, de conformidad con el artículo 1° del Código Nacional de Tránsito, corresponde al documento público que identifica un vehículo automotor, acredita su propiedad e identifica a su propietario y autoriza a dicho vehículo para circular por las vías públicas y por las privadas abiertas al público, de suerte que se trata de prueba apta para probar dicha circunstancia. En el mismo sentido, tampoco se observa que la Fiscalía, a quien le es inherente la carga de la prueba en este asunto, haya acreditado la propiedad del automotor en cabeza del señor COTE BRANGO, por el contrario, guardó silencio sobre la petición incoada por la defensa. En consecuencia, y toda vez que sobre el automotor que fue objeto de incautación no procede el comiso por no ser de propiedad del sentenciado, le asiste razón al recurrente al señalar que no le era dable al juez de conocimiento decretar su comiso definitivo, pues se afectarían derechos de terceras personas que ni siquiera fueron convocadas al trámite procesal, extinguiendo su dominio sin permitirle ejercer el derecho de contradicción.



TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO
SECRETARIA SALA ÚNICA

ACTA No. 033

En Santa Rosa de Viterbo, a los cinco (05) días del mes de octubre de dos mil veinte (2020), siendo las nueve y treinta (9:30 a.m.) de la mañana se reunieron los señores Magistrados integrantes de la Sala Cuarta de decisión del Tribunal Superior de Distrito Judicial, Dr. EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA y Dr. JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL con el fin de discutir el siguiente proyecto:

Decisión emitida dentro de caso distinguido con el radicado 15238-31-04-002-2019-00035-01 Contra SEBASTIÁN FERNANDO COTE BRANGO, por el delito de **TRÁFICO, FABRICACIÓN o PORTE DE ESTUPEFACIENTES**. Una vez abierta la discusión se procedió a dar lectura al proyecto, el cual fue aprobado por unanimidad, por consiguiente, se ordenó ponerlo en limpio.

En constancia firma:



EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA
Magistrado Ponente



LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO
Magistrada



JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Departamento de Boyacá

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL SANTA ROSA DE VITERBO
“PATRIMONIO HISTÓRICO Y CULTURAL DE LA NACIÓN”
Ley 1128 de 2007

SALA ÚNICA

CLASE DE PROCESO	: CAUSA PENAL
RADICACIÓN (CUI)	: 15238-31-04-002-2019-00035-01
DELITO	: TRÁFICO, FABRICACIÓN o PORTE DE
	ESTUPEFACIENTES
PROCESADO	: SEBASTIÁN FERNANDO COTE BRANGO
DECISIÓN	: CONFIRMA
APROBACIÓN	: ACTA DE DISCUSIÓN No. 033
MAGISTRADA PONENTE	: EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA

Santa Rosa de Viterbo, Boyacá, ocho (08) de octubre de dos mil veinte (2020). Hora 10:15am

ASUNTO POR DECIDIR:

El recurso de apelación interpuesto por el defensor del acusado SEBASTIÁN FERNANDO COTE BRANGO en contra de la sentencia del 05 de marzo de 2020 proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Duitama dentro del proceso de la referencia.

HECHOS:

Según se reseñó en el escrito de acusación, la presente investigación inició en virtud de la información brindada por fuente no formal en la cual se manifestó que, por su condición de consumidor de estupefacientes, tiene conocimiento de varias personas que se dedican a la comercialización de estupefacientes en Duitama, venta que se hace por vía telefónica a través de la cual acuerdan la cantidad y el valor de cada uno, pactan sitio de entrega y proceden a desplazarse a cualquier sitio, pues de movilizan en moto y cicla. Información en la que se mencionó, entre otras personas, al señor SEBASTIÁN FERNANDO COTE, de quien se aseguró, se desplazaba en una moto de placas GCB-95, marca AKT.

ANTECEDENTES PROCESALES.

1.- Por los anteriores hechos, en audiencia del 21 de agosto de 2019, ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Duitama con Función de Control de Garantías, la Fiscalía 8 URI de Duitama formuló imputación, entre otros, en contra de SEBASTIÁN FERNANDO COTE BRANGO como Autor del delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN o PORTE DE ESTUPEFACIENTES EN CONCURSO HOMOGÉNEO y SUCESIVO, establecido en el ART. 376 # 2º Y ART. 31 DEL CÓDIGO PENAL; asimismo, se le reconoció la Circunstancia de Menor Punibilidad propia del artículo 55 Numeral 1 º del Código Penal. Cargos que no fueron aceptados por el procesado. Finalmente, en la misma fecha, en audiencia separada, por petición de la Fiscalía, se impuso al imputado medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

2.- Entre la Fiscalía y el imputado SEBASTIÁN FERNANDO COTE BRANGO se celebró preacuerdo, a través del cual el implicado aceptó los cargos que le fueron imputados a cambio de lo cual el Ente Acusador varió su grado de participación de autor a cómplice; en consecuencia, en la misma acta se tasó la pena a imponer en un total de 56 meses de prisión.

3.- El conocimiento del asunto correspondió, por reparto, al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Duitama, despacho en el que el 13 de diciembre de 2019 se llevó a cabo audiencia de verificación de preacuerdo, diligencia en la que se corroboró que el allanamiento acordado del implicado se realizó de manera libre, consciente, voluntaria y asesorado por su defensor y que el mismo respetó los parámetros legales dispuestos para ello, por lo que se le impartió aprobación. Posteriormente, se corrió el traslado propio del artículo 447 del C.P.P., al interior del cual la defensa aseguró que su prohijado ostentaba la condición de padre cabeza de familia lo que le hacía merecedor de la detención domiciliaria.

4.- Con posterioridad, previo a realizarse audiencia de lectura de fallo, el defensor reiteró ante el juez de conocimiento la solicitud de reconocimiento de condición de padre cabeza de familia, para lo cual allegó diversos documentos para acreditar tal calidad.

DECISIÓN IMPUGNADA:

Mediante sentencia de fecha 05 de marzo de 2020, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Duitama con Funciones de Conocimiento profirió sentencia en contra de

SEBASTIÁN FERNANDO COTE BRANGO y a través de ella lo condenó a la pena principal de CINCUENTA Y CUATRO (54) meses de prisión y multa de SESENTA Y DOS (62) SMLMV, como penalmente responsable de la conducta punible de TRÁFICO, FABRICACIÓN o PORTE DE ESTUPEFACIENTES en calidad de cómplice (Artículos 376 inciso 3° del Código Penal). Asimismo, negó la concesión de los subrogados penales de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, y decretó, a favor de la Fiscalía General de la Nación, el comiso definitivo de la motocicleta de placas GCB-95 de propiedad del procesado.

En lo que es objeto de impugnación, esto es, el no reconocimiento de la condición de padre cabeza de familia al sentenciado y la orden de comiso definitivo del automotor, el juzgado consideró:

1.- Respecto a la calidad de padre cabeza de familia, si bien se aportó un registro civil de nacimiento y declaraciones extrajuicio, tales documentos no aportan el convencimiento de que el enjuiciado sea quien responde económicamente por su hijo, pues es necesario demostrar que el menor se encuentra bajo su cuidado exclusivo y que no cuente con la ayuda de la madre o la familia, que por razón del principio de solidaridad familiar podrían asumir la protección.

2.- Luego de hacer mención a la obligación que les asiste a los funcionarios judiciales de corroborar si debe primar el interés superior del menor, indicó que, este caso no se demostró que la protección del menor recayera de forma exclusiva en el procesado, pues solo se allegaron declaraciones extrajuicio que no tienen la entidad probatoria suficiente que se requiere para demostrar lo pertinente, aunado a que se encuentra probado que no hay ausencia del cónyuge toda vez que de la progenitora del menor, LIZETH NATALIA URIBE VALDÉS, no se predicó discapacidad alguna aunado a la falta de los padres, podrían prestar colaboración o ayuda sus parientes paternos, esto es, la abuela o la tía legítima.

3.- Por lo expuesto, estimó que la condena debe purgarse en establecimiento carcelario, máxime, cuando se observa que la conducta ejecutada por el acusado es grave y nociva para la sociedad y la niñez e impulsa otro tipo de delitos, ocasionando un daño real para la salud pública.

4.- De otra parte, refirió que sobre la solicitud de entrega definitiva de la motocicleta de placas GCB-95, marca AKT de propiedad de COTE BRANGO, en el

proceso se probó que esta persona comercializaba sustancias alucinógenas a domicilio, utilizando para dicha labor tal automotor, situación por la que, de conformidad con el art., 82 del CPP, el bien debe ser afectado con el comiso definitivo, y en consecuencia, debe pasar al poder de la Fiscalía General de la Nación o a la entidad que ésta designe.

DE LA IMPUGNACIÓN:

Inconforme con la sentencia proferida, el defensor del señor SEBASTIÁN FERNANDO COTE BRANGO interpuso recurso de apelación, con la pretensión de que se conceda a su prohijado el subrogado de la sustitución de la prisión intramuros por la prisión domiciliaria y se revoque el comiso del automotor hasta que se surta el procedimiento legalmente previsto, en síntesis, por las siguientes razones:

1.- Respecto al comiso definitivo del automotor, el juzgado dejó de lado que dicho bien no era de propiedad del procesado, sino del señor DAVID FABIÁN MARTÍNEZ MOZO, persona totalmente ajena al proceso penal.

2.- Advierte que en dos oportunidades se solicitó al Fiscalía la entrega del vehículo a su propietario, sin obtener respuesta alguna, aunado a que, respecto de la extinción del derecho de dominio con fines de comiso, se encuentra reglamentado por el código de la extinción de dominio y tiene un trámite preferente y sumario dentro del proceso penal, el cual fue obviado por parte del juez de conocimiento, sin tener en cuenta el verdadero propietario.

3.- En lo que hace al reconocimiento de la condición de padre cabeza de familia y la consecuente sustitución de la detención intramuros por domiciliaria, luego de hacer referencia a los presupuestos legalmente exigidos para acceder a tal beneficio, aseguró que fueron allegados documentos que probaban tal calidad, especialmente porque se demostró que el implicado y la señora LIZETH NATALIA URIBE VALDEZ conviven desde hace más de 6 años y que fruto de esa unión nació el menor M.E.C.U, así como que las múltiples declaraciones extrajuicio de personas que conocen al señor COTE BRANGO, establecen que el procesado es una persona responsable, trabajador cumplidor de sus deberes desde tanto en la familia como socialmente, que actualmente residen en la ciudad de Duitama y que es él quien responde económicamente por su familia.

4.- En virtud de ello, considera que se ha dado cabal cumplimiento a los requisitos establecidos en la ley 750 de 2002 armonizada con el artículo 38 del Código Penal en el sentido de que ha quedado probado que el procesado es una persona honorable, que es padre de familia, dedicado a su familia como padre del menor M.E.C.U, que dicha persona que no tiene antecedentes penales, que presenta arraigo en Duitama y que es padre cabeza de hogar del cual dependen económicamente Natalia Uribe Valdez y su menor hijo.

5.- No son de recibo las manifestaciones del juez de primera instancia en el sentido establecer que la prueba adosada no es suficiente, pues cualquier medio es idóneo para el efecto y todos los documentos allegados son públicos, fidedignos y suficientes para acreditar la calidad del procesado, máxime cuando el juzgado debe velar por el interés superior de los menores, en tanto al quedar privado de la libertad, quedaría el menor en absoluta desprotección, sin que pueda endilgarse responsabilidad a la familia extensa.

LA SALA CONSIDERA:

Vista la sentencia de primera instancia y la sustentación del recurso de apelación, es tema a estudiar en este asunto los relativos a: (i) la configuración de la condición de padre cabeza de familia del señor SEBASTIÁN FERNANDO COTE BRANGO; y (ii) la procedencia del comiso definitivo de la motocicleta incautada.

De la prisión domiciliaria por condición de madre o padre cabeza de familia

Sabido es que la prisión domiciliaria constituye un beneficio a través del cual se permite al sentenciado sustituir la pena de prisión en establecimiento penitenciario, por su lugar de residencia; es así como el artículo 314 del C.P.P. prevé algunos eventos especiales en los que, atendiendo las circunstancias propias del implicado, se hace procedente la concesión del beneficio, entre ellos, cuando el procesado sea mayor de 65 años, cuando el imputado o acusado padezca de determinada enfermedad grave y cuando sea madre cabeza de familia¹.

¹ARTÍCULO 314. SUSTITUCIÓN DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA. La detención preventiva en establecimiento carcelario podrá sustituirse por la del lugar de la residencia en los siguientes eventos: (...)

5. Cuando la imputada o acusada fuere madre cabeza de familia de hijo menor o que sufre 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 numeral 5.

Sobre esta última condición, que estima la defensa se configura en este caso, es la Ley 750 de 2002, por medio de la cual se expidieron normas sobre el apoyo en materia de prisión domiciliaria y trabajo comunitario, la que previó los requisitos que deben cumplir las personas que consideren ostentar la condición de madre cabeza de familia, para que sea reconocida tal calidad y, en virtud de ella, se sustituya la medida de detención privativa de la libertad en establecimiento carcelario, por su lugar de residencia.

Así, prevé la citada norma que, además de ser madre o padre cabeza de familia, debe verificarse que la condición social, personal y familiar del infractor, permita establecer con suficiencia que no se colocará en peligro a la comunidad ni a los hijos menores que se tengan a cargo².

Sobre la concurrencia de este elemento de carácter subjetivo, ha sido constante la jurisprudencia del máximo Tribunal de la Justicia ordinaria en advertir, que el mismo, debe ser verificado a cabalidad, esto con el objeto de encontrar plenamente satisfechos los fines de la pena, los cuales no pueden ser alterados por la simple condición de padre o madre cabeza de familia, análisis efectuado para señalar que los presupuestos de la Ley 750 de 2002 se encuentran plenamente vigentes en nuestra legislación. Así ha dicho la jurisprudencia

“[a]un en el evento de concluir que el numeral 5 del artículo 314 del Código de Procedimiento Penal desplazó al artículo 1 de la Ley 750 de 2002 (tanto en materia de prisión como de detención domiciliaria) en cuanto a la menor exigencia de requisitos, no habría razón alguna para concluir acerca de la imposibilidad de estudiar factores relativos al procesado, o a los antecedentes penales que registre, pues en virtud del juicio de ponderación en la aplicación de la ley se verá obligado a sopesar las circunstancias concernientes al interés superior del menor con las atinentes a los fines de la medida de aseguramiento, o a los de la ejecución de la pena, en aras de determinar si el mayor peso abstracto de uno de los principios en pugna es traducible en uno específico.

(...)

Por lo anterior (es decir, porque no puede haber principio, derecho o valor absoluto), no es posible considerar que la intención original del legislador al consagrar el numeral 5 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004 fue la de suprimir el juicio de ponderación por parte del operador de la norma en privilegio de los derechos de los menores, sino la de resaltar desde el punto de vista legal el énfasis que tal interés superior tiene que orientar la valoración de cada asunto por parte de los jueces”³.

² “ARTÍCULO 1°. 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.

Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones:

Cuando sea el caso, solicitar al funcionario judicial autorización para cambiar de residencia. (...) (...)” Ley 750 de 2002

³ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, Rad. 35943, de fecha 22 de Junio de 2011, M.P. Dr. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

En síntesis, de cara a la normatividad y Jurisprudencia expuesta, previo a reconocer el beneficio de la detención domiciliaria, es necesario que se verifiquen por parte del juez los siguientes presupuestos, contenidos en la ley 750 de 2002: (i) que sea una mujer o un hombre que ostenta la calidad de padre cabeza de familia; (ii) que el delito por el que se le juzga no se encuentra excluido de la concesión del sustituto, sin que le sea aplicable lo previsto en el art. 68 A del C.P.; (iii) que no registre antecedentes penales, salvo por delitos culposos o delitos políticos; (iv) que el desempeño personal, laboral, familiar o social del procesado permita 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.

Pues bien, respecto al primero de los requisitos, esto es, que ostente la condición de madre cabeza de familia, el Decreto 190 de 2003 que reglamentó parcialmente la Ley 750 de 2002, señala que la madre cabeza de familia sin alternativa económica es la *“mujer con hijos menores de 18 años de edad, biológicos o adoptivos, o hijos inválidos que dependan económicamente y de manera exclusiva de ellas, y cuyo ingreso familiar corresponde únicamente al salario que devenga del organismo o entidad pública a la cual se encuentra vinculada”*. Sobre este punto ha reiterado la Corte Constitucional, que dicha condición depende del criterio de exclusividad, según el cual es necesario que el menor de edad no cuente con ninguna otra persona que pueda garantizarle el cuidado, salud y bienestar que este necesita y, por tanto, no solo aplicable a la mujer, sino también al padre cabeza da familia.

Y es que recuérdese al respecto que es el artículo 2° de la Ley 82 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 1232 de 2008, el que determinó tal alcance de exclusividad que gobierna a la condición de padre cabeza de familia, al punto tal que lo delimitó a la inexistencia de otros familiares, diferentes al padre o madre del menor, que puedan encargarse de su cuidado, así lo recordó la Corte Suprema de Justicia en Auto Penal 1540-2019 rad. 54617.

“Así pues, es claro que la condición de madre cabeza de familia para acceder a la prisión domiciliaria, requiere ausencia del cónyuge o compañero permanente, pero además, y esto es lo más importante en este asunto, “deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar”, de modo que si hay otros parientes que puedan encargarse del cuidado, atención y protección de los menores, no se cumplen las referidas exigencias legales”

En el caso en estudio

Encontramos que el señor SEBASTIÁN FERNANDO COTE BRANGO, a través de su defensor público, solicita le sea sustituida la sanción de detención privativa de la libertad en establecimiento carcelario, por la de lugar de residencia, teniendo en cuenta su condición de padre cabeza de familia; para el efecto, aseguró el apoderado que el implicado es padre biológico de un menor de edad, quien depende económicamente él, como prueba de ello, allegó (i) copia del Registro civil de nacimiento número 55266326 del menor M.E.C.U hijo del procesado; (ii) declaraciones extrajuicio rendidas ante notario por los señores ENERIETH CERREÑO, FLOR MARCELA ZARABANDA, ROSALÍA MUÑOZ, MARTHA CECILIA ÁLVAREZ LONDOÑO y SEBASTIÁN REYES TRIANA, a través de las cuales dichas personas aseguraron conocer al procesado, quien desde hace alrededor de 6 años convive con la señora NATALIA URIBE VALDEZ, además de que es una persona consumidora de sustancias alucinógenas que se encuentra actualmente en tratamiento; y (iii) certificaciones laborales de las empresas CYBERMOVIL, PIXEL, ELECTRÓNIC EVENTS y SALES LAND que acreditan que el implicado laboró para dichas entidades.

Sobre el particular ha de referirse que, sin ánimo alguno de desconocer las condiciones individuales y sociales indicadas por el apoderado judicial del procesado, esta Sala advierte con absoluta suficiencia que la condición de padre cabeza de familia del señor SEBASTIÁN FERNANDO COTE BRANGO no se encuentra probada en este asunto, tal como se pasa a explicar.

Iníciase por reiterar que, conforme a las normas que rigen el subrogado penal que se solicita, según se indicó en precedencia, la condición de padre o madre cabeza de familia es un estado que no se presume, por el contrario, debe ser debida y plenamente demostrada por quien lo alega, no solo porque para su configuración se requiere el cumplimiento de los presupuestos esenciales contenidos en la Ley 750 de 2002, sino porque es sabido que la obligación de crianza y cuidado de un menor de edad recae en sus dos progenitores y no sólo en uno de ellos.

Bajo ese entendido, es que se ha considerado que la condición de padre cabeza de familia se encuentra gobernada por el principio de exclusividad, que exige la demostración de que, quien se irroga dicha calidad, efectivamente sea el único progenitor capaz de brindar cuidado y protección al menor de edad, al punto tal

que, si se priva de su libertad en un establecimiento carcelario, no exista una persona diferente que pueda brindarle cariño, protección y cuidado, carga probatoria que recae en quien pretende beneficiarse de los efectos jurídicos previstos en la norma, pues, se insiste, tal condición no se presume.

Así las cosas, de la sola lectura del Registro Civil de nacimiento del menor se desprende, inicialmente, la improcedencia del sustituto solicitado pues el menor cuenta con su progenitora, NATALIA URIBE VALDEZ, quien no solo puede, pues como lo indicó el juzgado de primera instancia no se advierte que se encuentre imposibilitada para encargarse del menor, sino que debe por obligación legal, brindarle los cuidados de crianza y manutención necesarios.

Recuérdese que el principio de exclusividad, propio de la figura jurídica aquí analizada, que propende por la protección y el interés superior de los menores de edad, no puede verse como un simple formalismo, de lo contrario, bastaría con tener la condición de padre para estimar su procedencia; por el contrario, como se ha insistido en esta decisión, la obligación recae en establecer que el menor carece de una persona que cuide y vele por sus intereses, y en este caso, no se acreditó siquiera de forma sumaria el motivo por el cual la progenitora del niño no puede responder por el menor en los términos que la ley lo prevé. Tan solo se indicó que el señor COTE BRANGO responde tanto por el menor como por su compañera permanente, sin que se indicara cuál es la imposibilidad física que le aquejaba a la compañera.

En ese entendido, es claro que la dependencia económica de su compañera permanente no es razón suficiente para ser considerado cabeza de familia, en tanto ante la ausencia del procesado es la progenitora del menor la que, por disposición legal está llamada a reemplazarlo en sus obligaciones, salvo que, como se ha referido, se advierta una circunstancia que la imposibilite, la que en este caso no ha sido acreditada.

Debe reiterarse que el sustituto de la prisión domiciliaria para el padre cabeza de familia es un derecho reconocido no a favor del acusado sino del menor de edad, de suerte que si no se acredita la desprotección absoluta de este tras la ausencia de su padre, el sustituto es improcedente.

En las anteriores condiciones, es decir, como no se probó la condición de padre cabeza de familia, la sentencia será confirmada en este aspecto.

Del comiso definitivo del automotor

Considera la defensa del señor COTE BRANGO que en este asunto resultaba improcedente el comiso del vehículo clase motocicleta, de placas GCB-95, marca AKT color azul, bajo el entendido que dicho automotor no es de propiedad del procesado, sino del señor DAVID FABIÁN MARTÍNEZ MOZO, tercero ajeno al proceso penal.

En efecto, verificadas las diligencias, se observa que a interior de las audiencias preliminares evacuadas el día 2 de agosto de 2019 ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Duitama con funciones de control de garantías, se legalizó la incautación del referido automotor, el que fue encontrado en la vivienda del procesado SEBASTIÁN FERNANDO COTE BRANGO, motivo por el cual, en la respectiva sentencia, el juez de conocimiento resolvió decretar el comiso definitivo del automotor, para lo cual aseguró que el bien era de propiedad del procesado, aspecto del que disiente la defensa, para quien dicho comiso no podía ser materializado bajo el entendido de que el mismo es de propiedad de un tercero ajeno al proceso.

En ese orden de ideas, corresponde a la sala establecer si el comiso definitivo del automotor, procede, aun cuando este no es de propiedad del sentenciado.

El título II capítulo II del C.P.P., regula el comiso de los bienes que han sido utilizados para la comisión de las conductas punibles; así, el artículo 80 establece el procedimiento que se surte para su trámite, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 82. PROCEDENCIA. *El comiso procederá sobre los bienes y recursos del penalmente responsable que provengan o sean producto directo o indirecto del delito, o sobre aquellos utilizados o destinados a ser utilizados en los delitos dolosos como medio o instrumentos para la ejecución del mismo, sin perjuicio de los derechos que tengan sobre ellos los sujetos pasivos o los terceros de buena fe.(...)*

A su vez, el artículo 100 del C.P.P. enseña lo referente al comiso de los bienes en delitos culposos así:

ARTÍCULO 100. AFECTACIÓN DE BIENES EN DELITOS CULPOSOS. *En los delitos culposos, los vehículos automotores, naves o aeronaves o cualquier unidad montada sobre ruedas y los demás objetos que tengan libre comercio, una vez cumplidas dentro de los diez (10) días siguientes las previsiones de este código para la cadena de custodia, se entregarán provisionalmente al propietario, poseedor o tenedor legítimo, salvo que se haya solicitado y decretado su embargo y secuestro.*

(...)

La entrega será definitiva cuando se garantice el pago de los perjuicios, o se hayan embargado bienes del imputado o acusado en cuantía suficiente para proteger el derecho a la indemnización de los perjuicios causados con el delito.

La decisión de entrega de los bienes referidos en esta norma corresponde, en todos los casos, al juez de control de garantías.

El análisis de las referidas normas, permite establecer con certeza que el legislador previó procedimientos diferentes para el comiso de bienes en delitos tanto dolosos como culposos, precisamente, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia Penal 11015-2016 en un análisis detallado de los artículos 80 y subsiguientes estimó:

La lectura reposada de las normas transcritas revela lo siguiente:

1. El comiso es procedente en los siguientes eventos:

*a. Sobre los instrumentos y efectos **que no tengan libre comercio**, con los que se haya cometido la conducta punible o que provengan de su ejecución, independientemente de su atribución a título de dolo o culpa.*

*b. En los **delitos dolosos**, cuando los bienes, **que tengan libre comercio y pertenezcan al responsable penalmente**, sean **utilizados para la realización de la conducta punible, o provengan de su ejecución**.*

*En este caso, el comiso sólo es procedente respecto de los bienes y recursos del penalmente responsable, en el entendido que el artículo 82 de la Ley 906 de 2004, desarrolla lo consignado en el artículo 100 del Código Penal, y esta faculta la medida exclusivamente en lo que toca con “...**bienes, que tengan libre comercio y pertenezcan al responsable penalmente, sean utilizados para la realización de la conducta punible, o provengan de su ejecución**”*

*Bajo este criterio, es posible acudir al mecanismo en los casos en los que los bienes de propiedad del penalmente responsable: (i) provengan o sean producto directo o indirecto del delito; (ii) **son utilizados o destinados a ser utilizados en los delitos dolosos como medio o instrumento para la ejecución de los mismos**; (iii) cuando los bienes o recursos producto directo o indirecto del delito sean mezclados o encubiertos con bienes de lícita procedencia, en un valor equivalente al estimado como producto del ilícito; (iv) sobre la totalidad de los bienes comprometidos en la mezcla de bienes de ilícita y lícita procedencia, o en el encubrimiento de bienes ilícitos, cuando con tal conducta se configure otro delito; (v) cuando no sea posible la localización, identificación o afectación material de los bienes producto directo o indirecto del delito, en un valor equivalente de estos.*

La conclusión referida a que solo los bienes del penalmente responsable son susceptibles de comiso, cuando en los delitos dolosos se utilizan como medio de comisión de los mismos, obedece tanto a lo que específicamente registra la ley, en particular, el artículo 100 del C.P., como a la finalidad inserta en una decisión de claro acento punitivo, habida cuenta que tan extrema medida únicamente puede dirigirse, a modo de sanción, contra la persona que ejecutó o participó en el delito.

A la misma conclusión arribo la Corte Constitucional, cuando, en la sentencia CC C-782/12, señaló:

15. En cuanto a la naturaleza y fines del comiso - o decomiso -, es preciso señalar que se trata de una medida que comporta la privación definitiva del dominio de un bien o de un derecho, padecida por su titular, y derivada de la vinculación del objeto con un hecho antijurídico, que puede ser un delito o una falta administrativa. La privación del derecho de dominio por parte de su titular origina el correlativo desplazamiento de la titularidad del bien o del derecho, al Estado.

La jurisprudencia de esta corporación ha caracterizado esta institución como una limitación legítima del derecho de dominio “que priva de la propiedad del bien a su titular sin indemnización alguna, **por estar vinculado con la infracción objeto de sanción o ser el resultado de su comisión**”.⁴ En virtud de esta figura “**el autor o copartícipe de un hecho punible**, pierde en favor del Estado los bienes, objetos o instrumentos con los cuales se cometió la infracción y todas aquellas cosas o valores que provengan de la ejecución del delito.”⁵ (Negrillas nuestras).

2. Todas las hipótesis en las que resulta legalmente posible acudir a la figura del comiso, deben ser aplicadas sin perjuicio de los derechos de las víctimas del delito y de los terceros de buena fe.

3. Respecto a los delitos culposos, **cuando se trate de bienes que tengan libre comercio**, se someterán a los experticios técnicos y se **entregarán provisionalmente** al propietario, poseedor o tenedor legítimo salvo que **se haya solicitado y decretado su embargo y secuestro**. Entrega que será **definitiva**, cuando se garantice el **pago de los perjuicios, o se hayan embargado bienes del sindicado en cuantía suficiente para atender al pago de aquellos, o hayan transcurrido diez y ocho (18) meses desde la realización de la conducta, sin que se haya producido la afectación del bien.**(...)⁶.

De lo expuesto en precedencia, se advierte con suficiencia que el comiso de bienes de libre comercio al interior del proceso penal, cuando se trate de delitos dolosos, únicamente procede sobre bienes del penalmente responsable, en tanto, se trata de una medida extrema que conlleva a la pérdida del dominio y que solo puede ser entendida como sanción en contra de la persona que cometió la conducta punible.

En el presente asunto, aunque es cierto que el vehículo automotor fue incautado en trámite de registro y allanamiento con fines de comiso, no lo es menos que de los documentos allegados por la defensa al plenario se advierte que el mismo se encuentra a nombre del señor MARTÍNEZ MOZO DAVID FABIÁN persona diferente al acusado y condenado, circunstancia que se acredita con la licencia de tránsito y transporte allegada, la que, de conformidad con el artículo 1° del Código Nacional de Tránsito, corresponde al *documento público que identifica un vehículo automotor, acredita su propiedad e identifica a su propietario y autoriza a dicho*

⁴ Sentencias C CC-459/2011, y CC C-364/2012.

⁵ Sentencia CC C-459/2011.

⁶ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal SP11015-2016 Radicación N° 47660, del 10 de agosto de 2016.

vehículo para circular por las vías públicas y por las privadas abiertas al público, de suerte que se trata de prueba apta para probar dicha circunstancia.

En el mismo sentido, tampoco se observa que la Fiscalía, a quien le es inherente la carga de la prueba en este asunto, haya acreditado la propiedad del automotor en cabeza del señor COTE BRANGO, por el contrario, guardó silencio sobre la petición incoada por la defensa.

En consecuencia, y toda vez que sobre el automotor que fue objeto de incautación no procede el comiso por no ser de propiedad del sentenciado, le asiste razón al recurrente al señalar que no le era dable al juez de conocimiento decretar su comiso definitivo, pues se afectarían derechos de terceras personas que ni siquiera fueron convocadas al trámite procesal, extinguiendo su dominio sin permitirle ejercer el derecho de contradicción.

Así las cosas, se revocará numeral quinto de la sentencia condenatoria, para que sea la Fiscalía quien resuelva la situación jurídica de dicho vehículo, en tanto, aunque como se dijo no procedía el comiso, el ente acusador tiene facultades de resolver lo que a bien estime sobre dicho bien, esto es, devolverlo a su propietario o compulsar las respectivas copias ante la Fiscalía Especializada en extinción de dominio si se tiene en cuenta que el bien de libre comercio fue destinado a la realización de actividades ilícitas.

DECISIÓN:

En mérito a lo expuesto, LA SALA CUARTA DE DECISIÓN DE LA SALA ÚNICA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SANTA ROSA DE VITERBO, BOYACÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el numeral quinto de la sentencia condenatoria.

SEGUNDO: MANTENER incólume en sus demás aspectos el fallo impugnado.

Contra la presente sentencia procede el recurso extraordinario de casación, el cual puede ser interpuesto dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación (art. 183 Ley 906 de 2004 Modificado. artículo 98 Ley 1395 de 2010).

Las partes quedan notificadas en estrados.



EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA
Magistrado Ponente



LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO
Magistrada



JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL
Magistrado