

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:	152383104002 201500142 01
PROCESO:	TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES
ORIGEN:	JUZGADO SEGUNDO PENAL CIRCUITO DE DUITAMA.
PROVIDENCIA:	SENTENCIA – Segunda instancia.
DECISION:	CONFIRMAR.
ACCIONADO:	MARILYN DAYANA VELASCO
APROBADA:	Acta N°
M. PONENTE:	JORGE ENRIQUE GOMEZ ANGEL. Sala Segunda de Decisión.

PENAL-TRÁFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES- Sustituto de Prisión domiciliaria-Madre cabeza de familia

Sustituto de Prisión Domiciliaria- Cuando se invoca a favor de la mujer cabeza de familia este sustituto tiene una legislación especial consagrada en la Ley 750 de 2002.

La sustitución de la prisión por domiciliaria cuando se alega la calidad de padre o madre cabeza de familia no es de ninguna manera un derecho o beneficio de los procesados por el hecho de tener hijos menores, sino que es una garantía a favor de estos cuando la ausencia del progenitor del que dependen los deja en una situación de abandono que pone en peligro su propia integridad física o subsistencia; y cuando a pesar del reproche elevado por la conducta antijurídica, su estadía en el domicilio no tiene la potencialidad de poner en peligro su propio bienestar.

Esta Sala considera que entre los derechos de los niños, se encuentra el de *“tener una familia y no ser separados de ella”*, los cuales *“prevalecen sobre los derechos de los demás*, como quiera que esos derechos pese a que son de especial protección, tienen límites, y uno de ellos es precisamente cuando se solicita la detención domiciliaria, porque a pesar de que ello sea lo mejor para los hijos, se puede negar cuando la misma representa un peligro o amenaza para la sociedad.

Marilyn Dayana Velasco es madre de tres menores: de siete y cinco años y uno de siete meses de edad, se encuentra privada de la libertad por la conducta de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, conducta que fue desarrollada en el lugar de residencia de la aquí condenada, en la que vivía acompañada de sus menores hijos y dos hermanas.

Se evidencia que la concesión en este caso pondría en riesgo los menores, porque la conducta delictiva por la que se encuentra privada de la libertad era realizada desde la residencia donde habitaban, allí almacenaba y fraccionaba los estupefacientes que comercializaba sitio en el que guarda los elementos hurtados y que cambia con los consumidores a cambio de estupefacientes.

Adicionalmente la condenada no es la primera vez que ha sido investigada por el mismo delito, por lo que si bien no se trata de antecedentes penales, las anotaciones hacen parte de sus antecedentes personales, sociales y familiares que permiten deducir que su estancia en el hogar constituye peligro para el desarrollo conductual de sus menores hijos, además de someterlos a los riesgos que se derivan de los potenciales compradores y consumidores de bazuco, quien y para nadie es un secreto son proclives al delito, por lo que se hace necesario en consecuencia, negar el sustituto.

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:	152383104002 201500142 01
PROCESO:	TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES
ORIGEN:	JUZGADO SEGUNDO PENAL CIRCUITO DE DUITAMA.
PROVIDENCIA:	SENTENCIA – Segunda instancia.
DECISION:	CONFIRMAR.
ACCIONADO:	MARILYN DAYANA VELASCO
APROBADA:	Acta N°
M. PONENTE:	JORGE ENRIQUE GOMEZ ANGEL. Sala Segunda de Decisión.

Santa Rosa de Viterbo, martes nueve (09) de febrero de dos mil dieciséis
(2016)

1.- OBJETO:

Decide la Sala el recurso de apelación sustentado por la defensa de Marilyn Dayana Velazco contra la sentencia derivada de la aceptación de cargos proferida el 21 de agosto de 2015 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Duitama.

2. ANTECEDENTES:

2.1. Hechos:

Por informe policivo basado en fuente humana, se expreso que en algunos inmuebles ubicados en la ciudad de Duitama, se encontraban almacenando, comercializando y expendiendo sustancias estupefacientes al menudeo superior a la dosis personal; a raíz de esta información el 24 de marzo de 2015 siendo las 6:07 a.m. miembros de la Policía Nacional y Sijin llegaron al inmueble ubicado en la carrera 12 No 9-15 barrio Cundinamarca de Duitama, inmueble en el que fueron atendidos por Marilyn Dayana Velasco, inmueble en que en dos de sus

dormitorios se halló una envoltura de papel rayado el cual contenía una sustancia polvorienta con características similares al bazuco, tres celulares y dieciséis recortes de papel blanco, en una bolsa de basura color blanco se encontraron diecisiete envolturas de papel, las cuales contenían una sustancia con características afines al bazuco, la cual es arrojada al piso por uno de los residentes, al igual que un celular y una “sim-card” dañada por Marilyn Dayana Velasco, adicionalmente se encontraron cuatro (4) menores de edad en el lugar, procediéndose a capturar a Marilyn Dayana Velasco, quien se negó a firmar la respectiva acta de allanamiento, y el acta del decomiso de elemento estupefaciente, firmando solo el acta de incautación de elementos celulares.

2.2. Trámite procesal

Por los anteriores hechos el 25 de marzo del 2015 se surtieron ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal Duitama en función de control de garantías las audiencias concentradas de control de legalidad posterior de expedición de orden de registro y allanamiento y materialización de la misma, legalización de captura en flagrancia, legalización de elementos incautados, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento por la conducta punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, cargos que no fueron aceptados por la imputada, a quien se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en su lugar de residencia.

El 09 de junio de 2015 se firmó acta de preacuerdo en la que la imputada aceptó los cargos imputados, a cambio que se le suprimiera la captura en flagrancia, que la Fiscalía aceptó para evitar un desgaste en la administración de justicia, y solicitó una rebaja de pena del 48% por aceptación de cargos.

La aprobación del preacuerdo y pronunciamiento del fallo hizo el 21 de agosto de 2015 diligencia surtida ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Duitama, en la que fue concedida la palabra a los sujetos procesales para que se pronunciaran sobre las características sociales y familiares de la procesada.

2.2.1. Sentencia de Primera Instancia:

Por sentencia de 21 de agosto de 2015 el Juzgado de Conocimiento, condenó a Marilyn Dayana Velasco a la pena principal de treinta y cuatro (34) meses de prisión y multa de 2.6 salarios mínimos legales vigentes, la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término igual al de la pena principal, como autora del delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, negando la concesión de subrogados penales.

En lo que atañe al recurso propuesto, la primera instancia negó los subrogados y sustitutos de la prisión, considerando que la suspensión condicional de la ejecución de la pena, no procedía porque el delito estaba enlistado en el artículo 68A del Código Penal que prohíbe su concesión.

Con relación a la prisión domiciliaria solicitada en calidad de madre cabeza de familia se observó que Marilyn es madre de tres niños que están a su cargo, que dependen económicamente de ella, a pesar de esto el *A quo*, señaló que no era suficiente solo demostrar la calidad de madre para conceder la prisión domiciliaria, sino que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha señalado la importancia que para su concesión se tenga en cuenta para negarlo, que el o la peticionaria no sea un peligro para la comunidad ni para sus menores, además de otros factores personales que inciden de manera predominante en el juicio de ponderación que debe hacer el Juez al determinar que es lo mejor para los menores, sin dejar de lado los factores objetivos establecidos en la normatividad penal, en consecuencia y a partir de la apreciación consistente en que la condenada era un peligro para los menores, porque la conducta delictiva por la que fue condenada la realizaba desde su residencia y en presencia de los menores, con el beneficio se generaba un riesgo y un mal ejemplo para los menores, además que se establecía a partir de la diligencia de registro y allanamiento de la residencia de la condenada, como sus hermanas menores de la procesada intentaron destruir las evidencias incautadas por la policía, lo que era clara muestra del conocimiento que tenían sobre la actividad delictiva o prohibida desarrollada por Marilyn Dayana Velasco.

2.2.2. Recurso de Apelación:

Inconforme con la decisión la defensa interpuso recurso de apelación, pretendiendo que se revoque la decisión en cuanto a la negativa del sustituto de la prisión domiciliaria por considerar que reunía las condiciones de madre cabeza de familia establecidas en la normatividad y demostradas por medio de las declaraciones y los registros civiles de los menores, además que cuando le fue impuesta la medida de aseguramiento privativa de la libertad se ejecutó en su residencia, sin que la condenada no reincidiera en la actividad delictiva, estuvo pendiente de sus hijos y en ningún momento se observó intención de no cooperar con la justicia, hizo énfasis en la importancia de la familia y el derecho de los menores y cito la sentencia C 318-2008 en la que se determinaban cinco casos en los que el juez debe sustituir la medida de aseguramiento carcelaria por domiciliaria cuando se cumplan los presupuestos establecidos en el artículo 314 del Código Procedimiento Penal, sin importar el delito imputado.

Argumentó también que su representada no había sido condenada por un delito contra la familia, la vida o la seguridad de las personas, y se encontraba inmersa dentro de los presupuestos establecidos en el numeral 5. del artículo 314 Código de Procedimiento Penal, además que se encontraba probado su arraigo familiar social y laboral, siempre estuvo atenta a cooperar con la justicia, que mediante sentencia del 26 de junio de 2008 Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia expresó que la calidad de madre cabeza de familia se probaba con la demostración del cuidado a los menores, dejando de lado aspectos como la clase de delito, la carencia de antecedentes penales y el componente subjetivo.

3. CONSIDERACIONES PARA RESOLVER:

3.1. COMPETENCIA:

La apelación tiene por objeto que el superior estudie la situación resuelta en la providencia recurrida, y la confirme, revoque o reforme, siempre que

lo recurrido haya sido objeto de debate o esté inescindiblemente ligado a la decisión.

3.2. LO QUE SE DEBE RESOLVER:

Tomando en cuenta las argumentaciones de los recurrentes la Sala observa que el tema a tratar es exclusivamente la procedencia o no del sustituto de la prisión domiciliaria cuando se alega la calidad de padre cabeza de familia.

3.3. SUSTITUTO DE LA PRISIÓN DOMICILIARIA:

La prisión domiciliaria como sustituto de la prisión intramural está consagrada en el artículo 38 del Código Penal modificado por el artículo 22 de la Ley 1709 de 2014 cuyos requisitos se establecen en el artículo 38 B *ibídem* modificado por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014 y cuando se invoca a favor de la mujer cabeza de familia este sustituto tiene una legislación especial consagrada en la Ley 750 de 2002 cuyos alcances tuvo a bien describir el recurrente.

El inciso 1º del artículo 1º de la Ley 750 de 2002¹ señala que para la concesión del beneficio a la mujer cabeza de familia el juez ejecutor debe examinar ciertos requisitos subjetivos como son el determinar que no pondrá en “(...) *peligro a la comunidad o a las personas a su cargo, hijos menores de edad o hijos con incapacidad mental permanente*”, factores sin los cuales aunque se establezca la calidad antes expresada no es posible se conceda, quedando claro que el subrogado no opera de plano, sino que está condicionado a la demostración por parte de la beneficiaria del cumplimiento de los requisitos legales especificados y algunos otros que determinan otras normas.

Como ha sido precisado en reiterada jurisprudencia tanto del Máximo Tribunal Constitucional como por la Sala de Casación Penal de la Corte

¹ “**Artículo 1º.** 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...”

Suprema de Justicia, a la que ésta Sala se adhiere, la sustitución de la prisión por domiciliaria cuando se alega la calidad de padre o madre cabeza de familia no es de ninguna manera un derecho o beneficio de los procesados por el hecho de tener hijos menores, sino que es una garantía a favor de estos cuando la ausencia del progenitor del que dependen los deja en una situación de abandono que pone en peligro su propia integridad física o subsistencia; y cuando a pesar del reproche elevado por la conducta antijurídica, su estadía en el domicilio no tiene la potencialidad de poner en peligro su propio bienestar. La Corte Constitucional en sentencia C-184 de 2003 explicó que, para conceder el sustituto de la prisión por domiciliaria era necesario verificar si los titulares del *“(...) derecho realmente se lo merezcan, en razón a que es lo mejor en el interés superior del niño, no una medida manipulada estratégicamente en provecho del padre condenado que prefiriere cumplir la pena en su residencia”*.

En atención a las normas que reglamentan el instituto de la prisión domiciliaria, para que se pueda hablar de padre o madre cabeza de familia es necesario que aparezca acreditado que el menor o menores no cuentan con otra figura que reemplace esa posición, es decir, que la situación de desprotección a la que se somete al infante, impúber o discapacitado, se derive de manera directa de la ausencia de la única persona a cargo de quien se encontraba y que la personalidad del sujeto activo de la conducta no ponga en riesgo la propia existencia de los menores o incapaces y que se haga necesaria como sujeto útil para el fortalecimiento familiar y la implementación de valores sociales como la solidaridad y el cariño.

Por eso, no es suficiente demostrar la especial calidad de padre o madre cabeza de familia pues además deben valorarse las circunstancias que rodean el histórico comportamental del procesado o procesado a nivel familiar, laboral y social, elementos de índole subjetivo que mostraran al final si la concesión del sustituto puede poner en peligro la comunidad o a personas incapaces o menores a su cargo, o facilitar que el procesado evada el cumplimiento de la pena.

Esta Sala considera que entre los derechos de los niños, se encuentra el de *“tener una familia y no ser separados de ella”*², los cuales *“prevalecen sobre los derechos de los demás”*, disposición que no excluye el juicio de ponderación o valoración que se debe realizar a efecto de la concesión del sustituto antes mencionado, tal como lo prevé el artículo 1 de la Ley 750 de 2002 y conforme a lo esbozado la Corte Constitucional³, como quiera que esos derechos pese a que son de especial protección, tienen límites, y uno de ellos es precisamente cuando se solicita la detención domiciliaria, porque a pesar de que ello sea lo mejor para los hijos, se puede negar cuando la misma representa un peligro o amenaza para la sociedad.

Corresponde entonces a esta Sala realizar ese análisis subjetivo ordenado por la norma, señalando que la gravedad de la conducta también sirve como reflejo de la personalidad y se utiliza como parámetro para determinar la concesión del mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria, tal como lo entendió la Corte Suprema de Justicia, al referirse que si bien la conducta fundamenta la pena, también revela la personalidad del autor a través de cada una de sus manifestaciones externas como factores que hacen inferir su personalidad⁴.

3.4 EL SUB IUDICE:

Para el caso concreto Marilyn Dayana Velasco tiene veintidós años, es madre de tres menores: de siete y cinco años y uno de siete meses de edad, se encuentra privada de la libertad por la conducta de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, conducta que fue desarrollada en el lugar de residencia de la aquí condenada, en la que vivía acompañada de sus menores hijos y dos hermanas.

El día 24 de marzo de 2015, se llevó a cabo una diligencia de registro y allanamiento a la residencia de la procesada, lugar en el que se encontró dinero y la sustancia estupefaciente de bazuco y unos celulares, en esta diligencia se logró establecer claramente el conocimiento de los menores sobre la realización de una conducta contraria a la ley, ya que cuando la policía realizó las incautaciones de las evidencias dos de las menores que

² Inciso 1º del artículo 44 de la Constitución Política.

³ Corte Constitucional, sentencia C-184 de 2003.

⁴ Auto 14 de marzo de 2002 Corte Suprema de Justicia. Radicación No. 7026 M.P. Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar,

se encontraban en la residencia reaccionaron con la fiel convicción de destruirlas ya que una de ellas golpeo uno de los celulares incautados y la otra arrojó la sustancia estupefaciente al piso.

Si bien es cierto como lo alega la defensa la condenada cumple con el factor objetivo que exige la normatividad penal para conceder el sustituto y la Ley 750 de 2002, la jurisprudencia que la desarrolla ha establecido la necesidad de analizar el factor subjetivo a la hora de conceder el sustituto de la prisión domiciliaria, es por esto que, el Juez que evalúa la concesión debe realizar una ponderación de los factores subjetivos sin olvidar que la finalidad de este sustituto no es darle un beneficio a la condenada o condenado, sino priorizar el derecho superior de los menores de tener una familia y asegurar su subsistencia digna, el cuidado y la manutención, un ambiente de paz y tranquilidad, por lo que cobra valor que el condenado no sea un peligro para los menores y la comunidad en general, pues en ciertos casos, debe prevalecer el interés general y el valor de la justicia.

En el factor subjetivo encuentra la Sala el fundamento para negar el sustituto, ya que haciendo un análisis de los factores subjetivos como son personales, familiares y sociales, se evidencia que la concesión en este caso pondría en riesgo los menores, porque la conducta delictiva por la que se encuentra privada de la libertad era realizada desde la residencia donde habitaban, allí se conservó, posiblemente se preparó para la venta, y comercializó el estupefaciente y las menores tenían conocimiento de la conducta delictiva al punto de reaccionar ocultando la evidencia al momento del allanamiento a la vivienda, por eso si bien es cierto que las declaraciones allegadas manifiestan que Marilyn es la que sostiene a los menores económicamente, no se determina el oficio que desempeña, y se insiste el informe ejecutivo realizado el 23 de marzo del 2015, se plasmó que expendía estupefacientes en el barrio las “Orquídeas” lugar donde reside su hermano y sus menores hijos, allí almacenaba y fraccionaba los estupefacientes que comercializaba sitio en el que guarda los elementos hurtados y que cambia con los consumidores a cambio de estupefacientes⁵,

⁵ Folio 104 Cuaderno de la Fiscalía.

Adicionalmente la condenada no es la primera vez que ha sido investigada por el mismo delito ya que como se observa el 23 de febrero de 2012 fue capturada en flagrancia y el 30 de septiembre de 2014 nuevamente, por lo que si bien no se trata de antecedentes penales, las anotaciones hacen parte de sus antecedentes personales, sociales y familiares que permiten deducir que su estancia en el hogar constituye peligro para el desarrollo conductual de sus menores hijos, además de someterlos a los riesgos que se derivan de los potenciales compradores y consumidores de bazuco, quien y para nadie es un secreto son proclives al delito.

Estas evidencias lo que demuestran es el riesgo en el que se pondrían a los menores al estar inmersos en un ambiente delictivo y recibiendo un mal ejemplo por parte de su madre, la cual a pesar de su corta edad ya ha estado en varias situaciones contrarias a la ley, por lo que se hace necesario en consecuencia, negar el sustituto. Se oficiará al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que dentro de la órbita de sus funciones, adopte las medidas de protección necesarias respecto de la situación de las menores.

Basta lo expuesto para con apoyo en lo argumentado por la *A quo* que no fue atacado eficazmente por la Defensa, confirmar la sentencia recurrida.

4. Por lo 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 y por autoridad de la Ley,

RESUELVE :

4.1. Confirmar la sentencia de primera instancia, en lo que fue materia de apelación.

4.2. Oficiar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que dentro de la órbita de sus funciones adopte las medidas necesarias respecto de los menores.

4.3. Contra esta decisión procede el recurso de casación ante la Sala respectiva de la Corte Suprema de Justicia.

De esta providencia, las partes quedan notificadas en estrados.

JORGE ENRIQUE GOMEZ ANGEL
Magistrado Ponente

GLORIA INÉS LINARES VILLALBA
Magistrada

EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA
Magistrado