



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL SALA PRIMERA DE DECISIÓN PENAL

MAG. PONENTE:	JUANA ALEXANDRA TOBAR MANZANO
RADICACIÓN:	41548-60-00-596-2020-00049-02
PROCESADO:	JAVIER ANDRÉS MENDIETA SÁNCHEZ
DELITO:	Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.
ASUNTO:	Sentencia condenatoria
PROCEDENCIA:	Juzgado Primero Penal del Circuito de Garzón (H).
APROBADO:	Acta No. 0077
DECISIÓN:	Confirma

Neiva, veintisiete (27) enero de dos mil veintitrés (2023)

I. ASUNTO

Ha llegado al Tribunal la actuación penal seguida en contra de JAVIER ANDRÉS MENDIETA SÁNCHEZ, en orden a resolver el recurso de apelación interpuesto por su defensor contra la sentencia datada el nueve (09) de mayo de 2022 proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Garzón (H), mediante la cual le impuso la pena preacordada de ochenta y cinco punto treinta y tres (85.33) meses de prisión y multa de ochocientos ochenta y nueve punto treinta y tres (889.33) S.M.L.M.V en calidad de autor de la conducta punible de *tráfico, fabricación o porte de estupefacientes* imponiéndole a la vez la accesoria de inhabilitación para el ejercicio

de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la penalidad corporal, al tiempo que le niega el disfrute de los mecanismos sustitutivos de la pena.

II. LOS HECHOS

Los sintetizó el a quo destacando, que:

*“Los hechos jurídicamente relevantes ocurren el 26 de febrero de 2020, aproximadamente las 12:00 horas, unidades adscritas a la Policía de Tránsito y Transporte Seccional Huila, cuadrante n.º 5 en conjunto con unidades del Ejército Nacional, Batallón Especial Energético y Vial n.º 12 BAEV, Unidad Táctica Motorizada Búfalo 31 y personal de la Estación de Policía de El Pital, Huila, ejercen labores de registro y control en la entrada a la Vereda El Uvital del municipio de El Pital, Huila. Se realiza señal de pare al vehículo de servicio público de placas TBL 261, afiliado a la empresa Flota Huila, que cubría la ruta La Plata – Garzón, y al descender los ocupantes del mismo para el registro y solicitud de antecedentes, observan una caja de cartón sellada con cinta en el platón de la camioneta respecto de la cual **JAVIER ANDRÉS MENDIETA SÁNCHEZ** manifiesta ser el propietario. Informa que en la misma hay lociones y autoriza el registro de esta. Las autoridades al revisar el interior de la caja hallan unos paquetes envueltos en papel transparente y papel aluminio. Al destapar dichas envolturas se observa una sustancia vegetal color verde que por su olor y características se asemeja a la marihuana. Se captura a **JAVIER ANDRÉS MENDIETA SÁNCHEZ** en situación de flagrancia.*

*La prueba de identificación preliminar homologada (PIPH) arroja resultado **positivo para marihuana y sus derivados**, con un peso neto de 22.000 gramos”*

III. ACTUACIÓN PROCESAL:

1. El veintisiete (27) de febrero de 2020, ante el Juzgado Único Promiscuo Municipal del Pital (H), se llevó a cabo audiencias preliminares de legalización de captura en flagrancia de JAVIER ANDRÉS MENDIETA SÁNCHEZ, se le formuló imputación en calidad de autor del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (art. 376 inciso 1º del C. Penal), y se le impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en el lugar de residencia del precitado.

2. Radicado el escrito de acusación, el conocimiento del asunto le correspondió al Juzgado Primero Penal del Circuito de Garzón, despacho que el treinta (30) de junio de 2020 llevó a cabo la correspondiente audiencia de formulación por el delito imputado en la modalidad de *“transportar y llevar consigo”*, sin circunstancias genéricas de menor ni mayor punibilidad.

3. El 26 de abril de 2021 a petición de la Fiscalía se varió la diligencia a efectos de verificar la legalidad del preacuerdo suscrito con el acusado MENDIETA SÁNCHEZ y su defensor, consistente en la aceptación de la responsabilidad penal por parte del precitado como autor del delito por el que se le acusara, concediéndosele como beneficio punitivo la reducción por complicidad, negociación que se improbó el 13 de mayo siguiente, decisión que fue apelada por el Defensor y confirmada por esta Corporación en auto del 4 de agosto de 2021.

-El 11 de noviembre de 2021, se presentó un nuevo preacuerdo suscrito entre MENDIETA SÁNCHEZ y la Fiscalía, en el que se le reconoció al precitado, como única contraprestación, la rebaja de una tercera parte de la pena a imponer, pactándola en 85.33 meses de

prisión y multa de 889.33 s.m.l.m. v, el cual fue legalizado y aprobado por el correspondiente despacho.

-El 26 de abril de 2022 se cumplió con la audiencia de individualización de la pena y sentencia, y el 9 de mayo siguiente se dio lectura a la sentencia condenatoria de rigor, la que, al ser recurrida por la Defensa Técnica respecto a la negativa de concederle a MENDIETA SÁNCHEZ la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia, hoy concita la atención de esta Sala.

IV. LA SENTENCIA DE PRIMER GRADO

Teniendo en cuenta el marco fáctico y jurídico del preacuerdo, el Juzgado de conocimiento profirió sentencia condenatoria en contra de JAVIER ANDRÉS MENDIETA SÁNCHEZ, imponiéndole las penas acordadas por las partes previa aplicación de la rebaja pertinente correspondiente a 85.33 meses de prisión y multa de 889.33 S.M.L.M.V. igualmente, la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena corporal, reconociendo como parte de la pena de prisión, el tiempo que el sentenciado ha permanecido bajo medida de detención preventiva por esta causa como parte de la pena de prisión.

Frente a los sustitutos penales, refiere no proceder la suspensión de la ejecución de la pena, ni la prisión domiciliaria consagradas en los artículos 63 y 38B del C. Penal, en razón a que el delito se encuentra dentro de las prohibiciones de que trata el inciso 2º del artículo 68A del C. Penal.

En lo que fue objeto de apelación, el A quo negó la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia por no cumplirse en este caso las exigencias del artículo 2 de la Ley 82 de 1993, ya que no se requiere solamente ejercer la jefatura del hogar y tener a cargo a los hijos menores, sino que se advierta la ausencia permanente del cónyuge o la deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.

V. LOS FUNDAMENTOS PARA RECURRIR¹

La defensa del sentenciado MENDIETA SÁNCHEZ se mostró inconforme con la negativa el *a quo* al negarle los subrogados reclamados a su agenciado, habiéndose demostrado su condición de padre cabeza de familia, para lo cual se allegó el registro civil de nacimiento de las menores E.M.B y H.B.R

Precisó que con la visita oficial e idónea realizada de la trabajadora social Isabel Cristina González Lozano de la Comisaría de familia de Garzón se constató que las citadas menores están a cargo de su progenitor, quien vela por su cuidado y manutención, así mismo por el de su esposa Yadira Bustos Ramírez, la que padece quebrantos de salud, al tiempo que criticó no habersele dado credibilidad sobre ese aspecto por no allegar algún tipo soporte médico, lo que en su opinión desconoce el principio de libertad probatoria.

Agregó que, debido que reside en una zona rural, difícilmente puede trasladar a su esposa a un centro médico para ser atendida y

¹ A partir de 00:27:00 Audiencia lectura de fallo- 09/05/2022

destacó que la negativa a conceder la prerrogativa reclamada afecta los derechos y garantías fundamentales sus menores hijas E.M.B y H.B.R, pues consideró haber acreditado plenamente que no contar con ningún otro miembro de la familia que pueda suplir las necesidades básicas de sus descendientes.

VI. EL TRASLADO A LOS NO RECURRENTES

Dentro del término legal establecido con tal finalidad en el artículo 179 del C. P. Penal, no se presentó manifestación alguna.

VII. CONSIDERACIONES

Sea lo primero precisar la competencia que le asiste al Tribunal para conocer del recurso de apelación impetrado, en atención a lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 34 del C. de Procedimiento Penal, que le asigna el conocimiento de la alzada contra las sentencias que en primera instancia profieran los jueces del circuito y las dictadas por los municipales del mismo distrito.

Advierte la Sala, que se abordará la apelación de acuerdo a los principios que la rigen, como es ceñir la decisión al estudio de los aspectos que son materia de inconformidad extendiéndola a los asuntos que resulten inescindiblemente vinculados.

Atendiendo el principio de limitación de la segunda instancia, por haber sido el único objeto de apelación, la Sala circunscribirá su análisis a verificar si erró o no la primera instancia al negar la prisión

domiciliaria como padre cabeza de familia a JAVIER ANDRÉS MENDIETA SÁNCHEZ.

Con miras a resolver el recurso, obsérvese que el recurrente sustenta su pretensión, reclamando, únicamente en la presencia de las exigencias para sustituir a su mandante, el cumplimiento de la pena en establecimiento carcelario, por la del lugar de residencia, debido a su condición de padre cabeza de familia, al considerar satisfechos los presupuestos legales que regulan el instituto a quien pretenda gozar de dicha gracia.

Indíquese que, el *a quo* negó otorgar específicamente el sustituto de la prisión domiciliaria, en atención de no tener el sentenciado MENDIETA SÁNCHEZ, la condición de padre cabeza de familia conforme lo demanda el artículo 2 de la ley 82 de 1993, resultando improcedente el reconocimiento de tal instituto bajo las exigencias establecidas en esa legislación.

En aras de resolver el pedido de la defensa, en punto al reconocimiento del referido sustituto regulado debe señalarse que el artículo 1º de la Ley 750 de 2002, extendió dicha forma de purgar la pena a unos destinatarios específicos: La mujer o el hombre cabeza de familia, este último por vía de extensión en la sentencia de la Corte Constitucional C- 184 del 4 de marzo de 2003, siempre que se cumplan simultáneamente las precisas exigencias previstas por esa norma, entre ellas que el delito cometido no esté excluido para la concesión de este beneficio por el legislador; que el sentenciado no registre antecedentes penales; que se trate de mujer u hombre cabeza de familia; y que el desempeño personal, laboral, familiar o social del condenado permita al juez deducir seria y fundadamente

que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena.

Sobre los anteriores requerimientos, destáquese en primer término que a JAVIER ANDRÉS MENDIETA SÁNCHEZ, se le condenó por el punible de *tráfico, fabricación o porte de estupefacientes* conducta no excluida del beneficio invocado, como quiera que no se trata de delitos de genocidio, homicidio, delitos contra las cosas o personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, extorsión, secuestro o desaparición forzada, o para quienes registren antecedentes penales, salvo por delitos culposos o delitos políticos, conforme se contiene en el inciso segundo de la mencionada Ley 750 de 2002.

Igualmente y de acuerdo a los elementos materiales probatorios que obran dentro del proceso, MENDIETA SÁNCHEZ carece de antecedentes penales², acorde con lo establecido por el artículo 248 de la Carta Política, por lo que tal exigencia también se cumple a cabalidad.

Sin embargo, no ocurre lo mismo en punto al requisito de ostentar el procesado la condición de padre cabeza de familia, toda vez que para acceder a este sustituto de la pena se requiere a quien así lo aduzca, no solamente ejercer la jefatura de hogar, sino tener bajo su cuidado hijos menores u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar por las específicas circunstancias que consagra el inciso 2º del artículo 1º de la Ley 1232 de 2008, que modificó el artículo 2º de la Ley 82 de 1993, donde establece que:

² Archivo Digital No. 30 Expediente electrónico

“(…) es mujer cabeza de familia, quien siendo soltera o casada, ejerza 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 incapacitados 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.

PARÁGRAFO. *La condición de Mujer Cabeza de Familia y la cesación de la misma, desde el momento en que ocurra el respectivo evento, deberá ser declarada ante notario por cada una de ellas, expresando las circunstancias básicas del respectivo caso y sin que por este concepto se causen emolumentos notariales a su cargo”. (Destacado y subrayado fuera de texto)*

Sobre el tema en sentencia SU-389 de 2005 reiterada entre otros, en el fallo de Tutela T- 693 - 2010, el Alto Tribunal Constitucional, sostuvo:

“La Corte manifestó que será tenido como padre cabeza de familia, no solo el que provea 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 siguientes condiciones”:

“(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 parágrafo 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”.***³ (resaltado fuera de texto)

De igual manera, en decisión del 10 de junio de 2020, la Corte Suprema de Justicia con ponencia de la doctora Patricia Salazar Cuellar, retomando la línea jurisprudencial sobre el tema, concluyó:

*“Ante este panorama, se tiene claro que: i) la Ley 750 de 2002 permite el cambio de sitio de reclusión (domiciliaria en lugar de intramuros) cuando la mujer o el hombre es **la única persona a cargo del cuidado y la manutención de sus hijos menores de edad, siempre y cuando se reúnan los puntuales requisitos previstos en la ley y desarrollados por la jurisprudencia** y ii) el mismo beneficio puede otorgarse a la mujer que tenga la calidad de madre cabeza de familia respecto de otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, que integren su núcleo familiar, bajo las limitaciones establecidas en la ley (valga la necesaria repetición)⁴. (Resaltado fuera del texto)*

³ SU-389 de 2005 (MP. Jaime Araújo Rentería, AV. Jaime Araujo Rentería)

⁴ CSJ – Sala Casación Penal – SP 1251 – Radicación 55614- 10/06/2020 – MP. PATRICIA SALAZAR CUELLAR.

Del análisis del caso concreto, el recurrente expresa en el libelo de sustentación del recurso que JAVIER ANDRÉS MENDIETA SÁNCHEZ, es padre cabeza de familia, por cuanto tiene a su cargo a sus hijas menores de edad, siendo él quien vela por su sostenimiento y manutención, proporcionándoles además amor y cariño; por lo que ante la ausencia de una familia extensa que se pueda encargar de ella durante su estancia en reclusión, reiterando de esa manera la pretensión a ese respecto realizada en la audiencia del artículo 447 del C. P. Penal, modificado por el artículo 100 de la Ley 1395 de 2010.

Sin embargo, la defensa en esta última diligencia que tiene como finalidad individualizar pena y sentencia, ningún medio probatorio aportó para demostrar la ausencia de familia extensa ni cercana que pudiera hacerse a cargo de las menores E.M.B y H.B.R, hallándose las citadas bajo su cuidado no solamente de manutención sino también de prodigarle amor, siendo esta una carga procesal y probatoria en cabeza de la parte que peticiona el sustituto, sin que sea dable su presunción como lo refiere el apelante.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal -, en la sentencia No SP1251-2022, radicado 55.614, calendada el 10 de junio de 2020, Magistrada Ponente, Dra. Patricia Salazar Cuellar, señaló:

***“No es cierto, como lo alega la censora, que el juez de conocimiento está en el deber de practicar pruebas de oficio a fin de establecer si el procesado se encuentra en condición de cabeza de familia para acceder, por esa especialísima vía, a la prisión domiciliaria. No. Además de que ésta procede a solicitud de parte, pues mal podría el juez conocer dicha circunstancia si los interesados no se lo dan a conocer, la lógica adversarial que rige el juicio igualmente aplica en el procedimiento para sentenciar, por lo que la defensa tiene la carga*”**

de acreditar los supuestos de hecho de la consecuencia jurídica que reclama.”

En efecto con el registro civil de nacimiento con indicativo serial No. 60645961 a nombre de la inscrita E.M.B nacida el 27 de octubre de 2021 y el No. 60580526 a nombre de H.M.B nacida el 15 de abril de 2020, se establece que las niñas menores de edad son hijas de Yadira Bustos Ramírez y el procesado.

De igual manera del Informe Psicosocial calendado el 17 de diciembre de 2021 realizado por la Comisaría de Familia de Garzón, se puede concluir que el núcleo familiar del precitado está conformado por las dos niñas y su compañera Yadira, que el mismo posee condiciones y habitaciones adecuadas y tienen sus derechos garantizados y que *“la familia cuenta con apoyo de redes sociales...”*

Por su parte la declaración extrajuicio de la señora Yadira Bustos Ramírez rendida ante la Notaría Primera de ese mismo municipio, da a conocer que depende económicamente de los ingresos de JAVIER ANDRÉS MENDIETA SÁNCHEZ, que no puede trabajar debido a que *“tengo dos hijas”* y que *“no tengo a nadie más”*.

Se allegó igualmente un documento fechado el 29 de marzo de 2022, en el cual, el Presidente de la Junta de Acción Comunal de la Vereda Las Palmitas de Garzón, hace constar que JAVIER ANDRÉS MENDIETA SÁNCHEZ reside en la aludida zona rural, junto a su esposa quien *“se encuentra delicada de salud y dos hijas menores de edad”*; así mismo el acta de audiencia en la que se autorizó el cambio de domicilio del procesado al predio “La Esperanza” ubicado en la vereda San Gerardo del citado municipio, cuyos residentes

certificaron igualmente tal situación, así como que no representa ningún peligro para la comunidad.

También se incorporó a la actuación un contrato de trabajo suscrito entre el señor Ramiro Bustos Plaza y JAVIER ANDRÉS MENDIETA SÁNCHEZ, para desempeñar su labor como partijero en el citado predio. Así como un certificado de haber cursado y aprobado los estudios correspondientes al CICLO IV del SERVICIO EDUCATIVO RURAL “SER” en la Institución Educativa San Gerardo y recomendación dada por el señor Carlos Andrés Suarez Méndez, quien cataloga a MENDIETA SÁNCHEZ como una persona *“seria, honesta, responsable, honrada, trabajadora y de grandes valores morales”*.

No obstante, para la Sala no está plenamente demostrada la condición de padre cabeza de familia reclamada por el legislador a efectos de beneficiar al procesado JAVIER ANDRÉS MENDIETA SÁNCHEZ con el sustituto de la prisión domiciliaria, pues de acuerdo a los enunciados elementos materiales de prueba se puede deducir que él no es la única persona que brinda los cuidados y manutención a su menores hijas quienes cuentan con su progenitora Yadira Bustos Ramírez quien convive con ellas, sin que se evidencie que se encuentren en estado de abandono ni mucho menos vulnerados sus derechos.

Adicionalmente se establece del informe psicosocial que existe familia extensa como lo son los padres del procesado, Nasly Ximena Sánchez España y Javier Mendieta Vargas, así como los de la madre, de quienes no se probó hubiesen fallecido, o padezcan de alguna enfermedad o discapacidad que les impida el despliegue de

las actividades necesarias en pro del cuidado de las niñas y brindarles apoyo y protección.

Indíquese que, si bien el sistema penal acusatorio se rige por el principio de libertad probatoria, por lo que en criterio del apelante debe darse credibilidad a lo revelado por lo elementos aportados, según los cuales Yadira Bustos Ramírez sufre de quebrantos de salud y depende económicamente de MENDIETA SÁNCHEZ, advierte la Sala que, conforme a los mismas probanzas aportadas por el apelante, se evidencia una situación distinta a la planteada, pues del Informe Psicosocial, en el acápite de condiciones socioeconómicas, se colige que en el grupo familiar integrado por el acusado y su esposa, *“los encargados del suministro económico son los progenitores quienes reciben ingresos por diferentes actividades de agricultura”*, sin haberse hecho referencia a la imposibilidad de la señora Bustos Ramírez para laborar a causa de alguna dolencia física o mental. Si bien se indicó que para el momento en que se realizó la visita domiciliaria por parte de la Comisaría de Familia, la madre de las menores se encontraba en el periodo de “dieta” materna y en la declaración extra juicio dijo que no podía trabajar porque tiene dos hijas, se entiende que dicho estado de la maternidad es transitorio y que la justificación de tener dos hijas no es válida para demostrar que se encuentra en incapacidad física, sensorial, síquica o moral como lo requiere la norma.

Conforme a los parámetros legales enunciados y lo sostenido por la máxima autoridad Constitucional y de la Justicia Ordinaria, respecto a ser padre o la madre cabeza de familia, no debe limitarse a considerar esa condición a la persona a quien se encuentra al cuidado de los hijos u otras personas dependientes o soporte

económicamente el hogar, estos aspectos han de valorarse de manera integral, mirando si quien reclama esa condición es el único que le brinda afecto, protección y cuidado y suple las necesidades básicas de quien se encuentra bajo su cargo, debiéndose establecer que las niñas no se encuentre en abandono o desprotegidas, porque lo que se busca en este caso es proteger el interés superior del niño, niña, adolescente, discapacitado o persona de la tercera edad, mas no el interés de quien se haya privado de la libertad de manera legítima, porque una de las consecuencias precisamente para el sentenciado es la restricción de varios derechos, como es el de estar con su familia y participar de la educación, cuidado y formación de los hijos.

Ahora, al analizar el desempeño personal, laboral, familiar o social del infractor, que permita a la autoridad judicial competente 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, que se establece en el inciso 2º del artículo 1º de la Ley 750 de 2002, resulta muy diciente el comportamiento denotado por el acusado frente al delito de *tráfico, fabricación o porte de estupefacientes*, actuar que va en contrasentido con las políticas estatales que propenden por la recuperación, rehabilitación y la resocialización del reo para su convivencia posterior en el entorno social, sin que para ello el sentenciado MENDIETA SÁNCHEZ, tuviera ningún reparo al desprenderse de su prole, con el propósito de obtener beneficios tal vez económicos. De tal forma que, por la clase y gravedad del delito por el cual se le condenó tampoco se puede efectuar un pronóstico favorable a favor del sentenciado, en su convivencia con las menores no pondría en riesgo el interés

superior de la misma, corriendo un serio peligro la integridad física y moral de las niñas.

Resulta importante recordar que de tiempo atrás la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que:

*“Como se observa, la Corte Constitucional es reiterativa en señalar que el **interés superior del niño**, es el criterio que debe guiar al juez al momento de examinar la viabilidad del beneficio. Por tanto, una vez establezca la condición de madre o padre cabeza de familia, según el caso, es ineludible examinar la concreta situación del menor, el grado de desprotección o desamparo por ausencia de otra figura paterna o familiar que supla la presencia del progenitor encargado de su protección, cuidado y sustento.*

Adicionalmente, precisó que el funcionario judicial también debe atender a la naturaleza del delito por el cual se adelanta proceso penal al padre o madre cabeza de familia, en orden a preservar la integridad física y moral del menor.

***En síntesis, no puede pensarse que la posibilidad de conceder el beneficio de la prisión domiciliaria, está supeditada únicamente a establecer, la condición de padre o madre cabeza de familia; conforme a las pautas jurisprudenciales también es menester verificar que el delito objeto de condena no es incompatible con el interés superior del menor, de tal manera que no se avizore peligro para su integridad física o moral”⁵.** (Resaltado fuera de texto)*

En el mismo precedente, refiriéndose a un caso similar, agregó la Alta Corporación:

“Sin embargo, al verificar la conducta por la cual se condenó a G.F.R., –tráfico, fabricación o porte de estupefacientes- consagrada en el artículo 376 inciso 3° del Código Penal, encuentra la Sala que

⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 23 de marzo de 2011. Radicado No. 34784.

la convivencia con sus hijos pondría en riesgo el interés superior que les asiste, dado que la repentina decisión de transportar sustancia estupefaciente adherida a su cuerpo, cuando venía procurando el sustento suyo y de su familia en forma lícita, no asegura que la integridad física y moral de los menores permanecerá intacta, pues a sabiendas de la responsabilidad que como madre tiene de proteger y brindar bienestar a su hijos, no dudó en recurrir a la actividad delictuosa, sin importarle el riesgo y las consecuencias que podía traerle a su familia, con tal de obtener beneficios económicos...”.
(Resaltado fuera de texto)

No está por demás advertir, la Sala no desconoce que la presencia del padre en el hogar permitiría un mejor desarrollo de las niñas, no obstante, debe reiterarse que la pena corporal impuesta deriva de un comportamiento desviado del acusado de gravedad, sin que sea factible, entonces beneficiarlo con el sustituto, salvo que acredite apremiantes condiciones de su prole, que se reitera, no se configuran en el presente caso, pues la atención especial que ellas requieren la pueden suplir los otros miembros de la familia, o en su defecto, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Lo anterior resulta suficiente para que la Sala respalde la decisión de la primera instancia la cual se ajusta a la normatividad y jurisprudencia aplicable al caso concreto. En consecuencia, se procederá a confirmar la sentencia proferida el nueve (09) de mayo de 2022 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Garzón (H).

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VIII.- RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR**, en lo que fue objeto de apelación, la sentencia de fecha y origen anotados, a través de la cual fue condenado JAVIER ANDRÉS MENDIETA SÁNCHEZ, de acuerdo con los argumentos esbozados en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Esta providencia se notifica en estrados y en forma virtual, sin perjuicio de acudir a la previsión del inciso 3º del artículo 169 del Código de Procedimiento Penal.

TERCERO: Contra este fallo procede el recurso de casación que podrá ser interpuesto dentro de los cinco (5) días siguientes a la última notificación y en un término posterior común de treinta (30) días se presentará la demanda, conforme lo establece el artículo 98 de la ley 1395 de 2010, modificatorio del artículo 183 de la ley 906 de 2004.

La providencia queda notificada en estrados. Cúmplase,

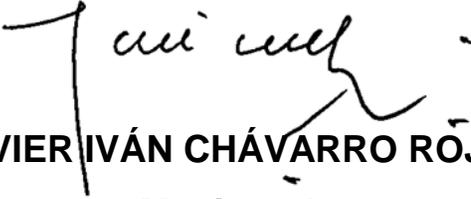
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JUANA ALEXANDRA TOBAR MANZANO

Magistrada

(Providencia virtual) ⁶

⁶ Se implantan firmas digitalizadas o escaneadas. Consejo Superior de la Judicatura. ACUERDO PCSJA20-11567 del cinco de junio de 2020. **“Artículo 22. Aplicativos de recepción de tutelas y hábeas corpus y de firma electrónica. Mientras dure la suspensión de términos, así como cuando ésta se levante, el envío de acciones de tutela y hábeas corpus seguirá haciéndose de manera**



JAVIER IVÁN CHÁVARRO ROJAS
Magistrado



INGRID KAROLA PALACIOS ORTEGA
Magistrada



LUISA FERNANDA TOVAR HERNÁNDEZ
Secretaria

RADICADO AL TOMO: _____ FOLIO: _____ del libro de sentencias penales

electrónica. Para las firmas de los actos, providencias y decisiones se atenderá lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 491 de 2020 o las demás disposiciones que regulen el particular. Los servidores judiciales con condición de firmante institucional en la Rama Judicial harán uso de los mecanismos y herramientas de firma disponibles."