



Radicado No. 20221600001651

Oficio No. FDCSJ-10100-

19/01/2022

Página 1 de 14

Bogotá, D.C.

Honorable Magistrado
JOSE FRANCISCO ACUÑA VISCAYA
Magistrado Sala Casación Penal
Corte Suprema de Justicia
Calle 12 # 7 - 65 Palacio de Justicia -
Bogotá - Bogotá D.C.

ASUNTO: RADICADO: CASACIÓN NO. 54452 PROCESADO: LUZ DARY ESPITIA GARZON- DELITO: CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO Y TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACINETES AGRAVADO.

CARLOS IBÁN MEJÍA ABELLO, en mi condición de Fiscal Décimo Delegado ante esa Corporación, de conformidad con el trámite dispuesto por la Honorable Sala de Casación Penal en el No. 3.2 del Acuerdo 20 de 2020, comedidamente presentó las consideraciones que la Fiscalía tiene respecto a cada uno de los dos cargos contenidos en la demanda de casación presentada por la defensa de **LUZ DARY ESPITIA GARZON**, contra el fallo de segundo grado proferido el 27 de septiembre de 2018 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, a través del cual confirmó la sentencia condenatoria impartida por el Juzgado 11 Penal del Circuito de esta capital el 23 de agosto de 2018, contra **LUZ DARY ESPITIA GARZON**, quien fue declarada responsable de los delitos de Concierto para delinquir agravado y Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado.

I. PRIMER CARGO

La defensa, acusa la sentencia de segunda instancia, con fundamento en el numeral 2º del Art. 181 del Código de Procedimiento Penal, porque considera existe una **"nulidad por violación a garantías fundamentales"**, derivadas de una **"indebida o incompleta motivación"**, si se tiene en cuenta que el Juez Colegiado se preocupó más por sentar una postura, acerca de si era competente para resolver la petición de prisión domiciliaria a favor de LUZ DARY ESPITIA GARZON como madre cabeza de familia, que por contestar los argumentos de disenso ordinario planteados por la defensa.

El problema jurídico es planteado por el censor a través de la presentación de cinco aspectos, los cuales se compendian así:

Primero: Que los jueces de instancia no cumplieron con la obligación de resolver las peticiones presentadas por la defensa en el traslado del Art. 447 del C. de P.P., concretamente, la solicitud para que se conceda prisión domiciliaria a favor de la procesada LUZ DARY ESPITIA GARZON, teniendo en cuenta su condición especial de madre cabeza de familia.

Segundo: Que el Tribunal no resolvió las controversias originadas en el recurso ordinario de alzada, siendo esa su competencia como superior jerárquico, por virtud del artículo 179 de la Ley 906 de 2004, y en su lugar señaló que la competencia para



Radicado No. 20221600001651

Oficio No. FDCSJ-10100-

19/01/2022

Página 2 de 14

resolver la solicitud de prisión domiciliaria la tiene el juez ejecutor de la pena, siempre y cuando subsista la condición de madre cabeza de familia, por virtud del mandato contenido en el Art. 461 del C. de P. P.

Tercero: Que, con el proceder de las instancias, se está permitiendo una situación *pro tempore* de abandono – *así sea limitado*- de los seres queridos de la procesada, entre tanto se espera la firmeza de la sentencia de segundo grado para acudir al Juez de Ejecución de Penas con el propósito de que este se pronuncie sobre la prisión domiciliaria.

Cuarto: Que, al omitir resolver la *littis*, dejando de pronunciarse sobre la prisión domiciliaria, fundamentada en la condición de madre cabeza de familia, se está denegando el acceso a la administración de justicia, mantuvo inocuos los valores y principios en los que se sustentaron los fines de la **detención domiciliaria**, al momento en que le fue concedida a la procesada LUZ DARY ESPITIA GARZON, sin tener en cuenta que en ese evento hubo de considerarse circunstancias atinentes a la persona de la procesada, incluidas las derivadas de los antecedentes penales que registre.

Quinto: Por último, el censor reprocha que, aunque la prisión domiciliaria es un beneficio que estaría llamado a conceder el juez de ejecución de penas, nada impide que ese análisis igualmente lo efectúe el sentenciador.

CONSIDERACIONES DE LA FISCALÍA

Con relación a este primer cargo, la Fiscalía considera que está llamado a fracasar, al desconocer el principio de unidad que entrafía las decisiones de primera y segunda instancia, porque, a pesar de que el libelista en su postulación demanda la sentencia de segunda instancia, “-y también la de primer grado-”, lo cierto es que el ataque lo dirige únicamente contra la decisión del juez colegiado, sin tener en cuenta que las dos sentencias resultan inescindiblemente vinculadas y conforman una unidad. En efecto, cuando acometió contra la sentencia de segunda instancia dejó de consultar las referencias que se hicieron en la misma sobre lo decidido por el *a quo* y, además, la manera como las consideraciones expuestas en la sentencia de primer grado inspiraron lo decidido por el Tribunal Superior.

Ciertamente, al articular una y otra decisión, pierden suficiencia los cinco supuestos sobre los cuales la defensa edificó su reproche, los cuales no pasan de ser más que exteriorizaciones de su inconformidad con la argumentación efectuada en la providencia o descontento con los fundamentos que suministró el juez colegiado, desconociendo que, como lo ha sostenido la doctrina judicial, “*una cosa es que no se motive o ello se haga deficientemente, y otra muy diferente, que no se compartan los argumentos de quien resuelve*”¹ que es precisamente lo aquí sucede, tal como pasa a verse, al abordar cada uno de las situaciones censuradas por el demandante, así:

¹ CSJ, SP, AP2310-2021, Auto interlocutorio del 9 de Junio de 2021, radicación 57361.



Radicado No. 20221600001651

Oficio No. FDCSJ-10100-

19/01/2022

Página 3 de 14

(i) **Sobre la negación de resolver la petición elevada en el traslado del artículo 447 del C. de P.P.**

Para la Fiscalía, no es cierto que el Tribunal Superior se hubiera sustraído de resolver la petición que realizó la defensa, en uso del traslado del artículo 447 del C. de P.P. para que a su prohijada se le permitiera cumplir la pena en su domicilio por su condición de madre cabeza de familia, por cuanto dicha Corporación, en el segmento de su providencia que tituló *“Prisión preventiva como madre cabeza de familia”*² se remitió a lo expuesto por el *a quo*, cuando éste indicó que la *“implicada debía cumplir la pena impuesta en un centro penitenciario, por tratarse de un delito excluido tanto de los subrogados de suspensión condicional de la ejecución de la pena, como de la prisión domiciliaria de que tratan los cánones 63 y 38B del Código Penal.”*

Y concluyó el *ad quem*, que despacharía desfavorablemente la pretensión de sustituir la prisión en centro carcelario por el lugar de domicilio de la implicada, por su condición de madre de familia, atendiendo *“el déficit probatorio que le fue señalado en la sentencia”*, de tal forma que si el interés subsistía debía elevarse la solicitud al juez de ejecución de penas, una vez ejecutoriada el fallo.

Sobre el particular, efectivamente, el juez de conocimiento, en el capítulo 4 de la parte considerativa de la sentencia, se refirió a los *“Subrogados y sustitutos de la pena”* y, específicamente, en la sección segunda de este acápite, estudió la solicitud del apoderado de LUZ DARY ESPITIA GARZÓN para que se le concediera a su prohijada la prisión domiciliaria como madre cabeza de familia, prevista en el numeral 5° del artículo 314 de la Ley 906 de 2004.

Señaló el Juzgador que, para desarrollar dicha norma se debe acudir al artículo 2 de la Ley 1232 de 2008, así como al artículo 1 de la Ley 750 de 2002, tal como lo manifestó el defensor en su petición; adicionalmente, aseguró que se encontraban corroboradas las circunstancias expresadas por el defensor relativas a que, en este momento, el menor SDEG solamente cuenta con su señora madre para proveerle el cuidado, el cariño y sustento económico, por cuanto sus abuelos maternos no pueden hacerlo debido a la edad que cada uno tiene (66 años la abuela y 69 años el abuelo), como tampoco lo puede hacer el hermano de la procesada, porque lo que éste devenga lo destina para el sustento de sus dos hijos menores y la esposa que padece de artritis reumatoide.

No obstante lo anterior, el *a quo* consideró que nada se había demostrado con relación al padre del menor SDEG, pues si bien se dijo que el niño había sido engendrado en una relación pasajera con un piloto extranjero quien no asumió su responsabilidad como padre y que por ello el infante fue registrado con los dos apellidos de LUZ DARY ESPITIA GARZÓN, lo cierto es que en el plenario no se demostró tal situación, como tampoco se comprobó que el progenitor se encuentre enterado de la situación que enfrenta la señora LUZ DARY ESPITIA GARZÓN, para saber si está dispuesto o no a asumir su responsabilidad como padre.

² Ver página 9 de la providencia.



Radicado No. 20221600001651

Oficio No. FDCSJ-10100-

19/01/2022

Página 4 de 14

En igual forma, el juez de primera instancia llamó la atención de que la procesada, a pesar de conocer la nacionalidad del padre del menor y su identidad, no hubiera recurrido a las acciones legales para hacerlo responder de sus obligaciones filiales en virtud del principio de solidaridad.

Por las razones anotadas, se concluyó en la sentencia de primera instancia que existían dudas de que el padre del menor se encontrara dentro de las categorías de “*ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral*”, de la manera como lo demanda el artículo 2 de la Ley 1232 de 2008 (entiéndase artículo 1º de la Ley 1232 de 2008, el cual modificó el artículo 2 de la Ley 82 de 1993).

Así las cosas, al referirse el Tribunal al déficit probatorio que hacía inviable el reconocimiento del subrogado de prisión domiciliaria, estaba haciendo alusión precisamente a la circunstancia anotada por el juez de primera instancia, con relación a la ausencia permanente del padre del menor.

(ii) Omisión de la segunda instancia de resolver las propuestas del recurso, para dejarlas a consideración del Juez de Ejecución de la Pena

Para la Fiscalía, tampoco es dable manifestar que el Tribunal Superior dejó de resolver el recurso ordinario de alzada, cuando sacó a relucir una teoría consistente en que era el juez executor de la pena el competente para decidir la sustitución de la prisión intramural por domiciliaria una vez adquiriera firmeza la sentencia, siempre y cuando subsistiera la condición de madre cabeza de familia, en virtud del mandato contenido en el Art. 461 del C. de P. P.

Para el suscrito Delegado, si bien el Tribunal Superior consideró que no era dable sustituir la reclusión intramural por prisión domiciliaria, por cuanto se trataba de una decisión que debía adoptar el Juez de Ejecución de Penas, no lo hizo para marginarse de resolver la propuesta de la defensa, sino frente a la falta de demostración de los presupuestos para reconocer la condición de *madre de cabeza de familia*, más allá de las simples afirmaciones de la defensa acerca de su existencia; entonces, dejó abierta la posibilidad de que se solicitará ante el Juez de Ejecución de Penas, siempre que ante ese funcionario se cumpliera con la carga demostrativa de la mencionada condición.

En efecto, el Tribunal Superior cuando abordó el análisis del asunto, se atuvo a lo considerado por el Juez de Conocimiento, con relación al déficit que fue señalado en la sentencia de primera instancia. Dicha mención en el fallo de segunda instancia, sin lugar a dudas, concernía a la falta de demostración por la parte interesada sobre la ausencia total de la figura paterna para el menor SDEG, pues a pesar de que se informó en el plenario, la defensa nunca demostró que la concepción del menor se dio en el marco de una relación sentimental pasajera con un piloto extranjero; que éste se desentendió de sus obligaciones legales como padre y por tal razón el menor no lleva ni siquiera su apellido; y, menos aún, que no ha aparecido para hacerse cargo de su descendiente después de que se conociera la detención de LUZ DARY ESPITÍA GARZÓN.



Radicado No. 20221600001651

Oficio No. FDCSJ-10100-

19/01/2022

Página 5 de 14

Bajo la anterior perspectiva, es claro que la segunda instancia no evadió su competencia funcional y abordó la propuesta de la defensa negándole a la procesada LUZ DARY ESPITIA GARZÓN la posibilidad de purgar su pena en el lugar de su domicilio; sin embargo, no descartó que dicha petición se pudiera intentar ante el Juez de Ejecución de Penas, por supuesto, superando las carencias probatorias advertidas.

(iii) Sobre el carácter de abandono del menor, en caso de no concederse la prisión domiciliaria.

Para la Fiscalía, no puede ser de recibo que se invoque la nulidad de la sentencia a partir de apreciaciones subjetivas del defensor, pretendiendo victimizar a los seres queridos de la procesada, para situarlos en condiciones de abandono, en el evento de que no se le conceda la sustitución de la prisión intramural por domiciliaria a su prohijada. Tal posición ha sido censurada por la doctrina judicial citada en la sentencia de primera instancia, en la cual se señaló que, al margen de si se consideraba o no un subrogado penal, no podía entenderse como un beneficio para la procesada, sino como un mecanismo de protección al menor, a partir de un pronóstico que permita definir condiciones más favorables para la vida y bienestar de éste.

Para el caso en estudio, el Juez de primera instancia fue cuidadoso al citar lo decidido por la Corte Constitucional, cuando señaló que *“la jurisprudencia constitucional considera, por una parte, que es legítimo para el legislador introducir derechos en materia penal a mujeres que se encuentran privadas de la libertad, como por ejemplo la prisión domiciliaria; pero por otra, considera que no concederla a una mujer cabeza de familia, cuando esta pone en riesgo la seguridad de la comunidad y puede representar una amenaza para los derechos de los asociados, es legítimo porque es constitucional restringir esa posibilidad en tales condiciones.”*³ (resaltado fuera de texto)

A lo anterior, añadiría este Delegado el énfasis que hizo la Corte Constitucional, en la sentencia que se viene citando, sobre lo siguiente:

“Son los jueces quienes deben impedir, en cada caso que, mediante posiciones meramente estratégicas, un hombre invoque su condición de ser cabeza de familia tan sólo para acceder en beneficio personal a la prisión domiciliaria. Por ello, el juez debe valorar (i) que la medida sea manifiestamente necesaria, en razón al estado de abandono y desprotección a que quedarían expuestos los hijos del condenado, (ii) que ésta sea adecuada para proteger el interés del menor y (iii) que no comprometa otros intereses y derechos constitucionalmente relevantes.” (resaltado fuera de texto)

Adicionalmente, esta situación no ha sido ajena al estudio de la Corte Suprema de Justicia⁴, corporación que, sobre la importancia de verificar los requisitos para

³ Sentencia C-184 de 2003

⁴ CSJ, SP4945-2019, Sentencia del 13 de noviembre de 2019, radicación 53863



Radicado No. 20221600001651

Oficio No. FDGSJ-10100-

19/01/2022

Página 6 de 14

conceder la prisión domiciliaria, se basó en lo expuesto por la Corte Constitucional, para resaltar lo siguiente:

[...] la prisión domiciliaria era improcedente, entre otras razones, si la misma implicaba un riesgo para la comunidad y/o para los hijos menores de edad, juicio este que dependía del desempeño -personal, familiar, laboral y social- del condenado, una de cuyas manifestaciones sería el tipo de criminalidad en la que estuvo involucrado porque, por ejemplo, si se trató de delincuencia organizada o de otra que implique la exposición a riesgos para los menores, la concesión del subrogado, seguramente, no consultaría su finalidad legal.

Así, el juez habrá de ponderar el interés de la comunidad en que personas que han tenido un comportamiento asociado, por ejemplo, a la criminalidad organizada y, por ende, pueden poner claramente en peligro a la comunidad, no accedan al derecho de prisión domiciliaria. En el mismo sentido iría en contra de la finalidad de la propia ley, conceder el derecho de prisión domiciliaria a quien en lugar de cuidar de los menores, los expondría a peligros derivados del contacto personal con éstos o de otros factores que el juez ha de valorar detenidamente en cada caso.

En este mismo fallo, la Corte Suprema de Justicia, con apego a la sentencia C-154/2007 advirtió que la protección de los niños justifica, teleológicamente, que los padres o madres cabeza de familia cumplan una medida de privación de la libertad en sus respectivos domicilios; de manera tal que el examen de la «naturaleza del delito» es una condición necesaria para establecer si la prisión domiciliaria preserva o afecta los derechos de los menores. Adicionalmente, insistió en que el *“interés superior del menor es el criterio final que debe guiar al juez en el estudio de la viabilidad del beneficio de la detención domiciliaria. Por ello, la opción domiciliaria tampoco puede ser alternativa válida cuando la naturaleza del delito por el que se procesa a la mujer cabeza de familia, o al padre puesto en esas condiciones, ponga en riesgo la integridad física y moral de los hijos menores.”*

En suma, la sola condición de *madre cabeza de familia*, no autoriza automáticamente la concesión de la prisión domiciliaria, como parece entenderlo la defensa, por cuanto existen intereses superiores que deben ser ponderados por el Juzgador, como la protección del menor y de la comunidad, y en caso de advertir que tales intereses se ven comprometidos en el evento de sustituir la prisión intramural por domiciliaria, debe abstenerse de ordenarla.

En el caso en estudio, con la decisión de las dos instancias no se expone al abandono al menor SDEG, por el contrario se intenta protegerlo, pues nótese que el Tribunal Superior confirmó lo dispuesto por el juez de primera instancia quién estableció: En primer lugar, que la defensa no demostró la ausencia permanente del padre del menor y que la única que velaba por su cuidado era la procesada LUZ DARY ESPITIA GARZÓN y, en segundo lugar, que los hechos delictivos que ésta aceptó no permiten un pronóstico favorable de su personalidad y pueden verse expuestos los intereses del menor.

(iv) Denegación de justicia por desconocer el carácter vinculante de la detención domiciliaria para la concesión de la prisión domiciliaria



Radicado No. 20221600001651

Oficio No. FDCSJ-10100-

19/01/2022

Página 7 de 14

Para la Fiscalía, también resulta anodino el cuarto argumento invocado por la defensa, por una supuesta denegación al acceso a la administración de justicia, bajo el entendido que al operador judicial no le está permitido ignorar los valores y principios en los que se sustentó los fines de la **detención preventiva**, medida cautelar para la cual siempre han de considerarse circunstancias atinentes a la personalidad del procesado, significando con ello que los juzgadores no podían ignorar que un juez de control de garantías ya había analizado la personalidad de la procesada al momento de concederle la detención domiciliaria, para negarle ahora la posibilidad de purgar la pena en su domicilio.

Sobre el particular, este Delegado resalta que en la unidad inescindible conformada por los fallos de primera y segunda instancia, lo que menos se advierte es una denegación al acceso a la administración de justicia, por cuanto el análisis realizado por los juzgadores para negarle a la procesada la sustitución de la prisión intramural por domiciliaria, demuestran efectivamente el ejercicio de la jurisdicción en el marco de sus funciones, al dar respuesta a una pretensión basada en una condición especial de la procesada que la parte interesada no demostró, como lo es la calidad de *madre cabeza de familia*, debido a que no se probó que el padre del infante siempre ha estado ausente de sus responsabilidades y que aún a sabiendas de la situación penal que enfrenta la señora LUZ DARY ESPITIA GARZON, tampoco ha aparecido para asumirlas.

En efecto, el suscrito es de la opinión de que el análisis realizado por el Juez de Control de Garantías para imponer una medida cautelar privativa de la libertad, difiere de aquel que debe realizar el Juez de Conocimiento al pronunciarse sobre la libertad o lugar de reclusión donde debe purgar la pena quien ha sido condenado como responsable de la comisión de un delito. Por tal razón, el hecho de que se haya concedido la detención domiciliaria a la procesada, no significa que automáticamente opere la prisión domiciliaria al momento de ser condenada por los delitos que ameritó la imposición de la medida cautelar.

Esta postura, se explica a partir de lo señalado por la Sala de Casación Penal, de cuyas palabras se apropia el suscrito para manifestar lo siguiente:

"[...] no puede considerarse, como al parecer lo entiende la actora, que los juzgados de conocimiento debieron acoger los argumentos del juez de control de garantías cuando le concedió la detención domiciliaria. Ello porque los criterios para la procedencia de la prisión domiciliaria no son los mismos ni están sujetos a aquellos por los cuales se resolvió sobre la detención en el lugar de residencia. Así lo ha subrayado la Corte (CSJ AP3354-2015, radicado 46046):

*[...] no siempre que a una persona investigada se le asegure preventivamente en el sitio de residencia, de manera indefectible debe luego ampararse con el subrogado de la prisión domiciliaria; (...) en tanto, esa circunstancia dependerá del cumplimiento de unos requisitos objetivos y subjetivos a los cuales debe apegarse a la hora de definir si concede o no algún beneficio al condenado."*⁵

⁵ CSJ. SP. Auto AHP4579-2019 del 21 de octubre de 2019, radicación 56408.



Radicado No. 20221600001651

Oficio No. FDGSJ-10100-

19/01/2022

Página 8 de 14

Por tal razón, conviene resaltar que existe una diferencia sustancial entre las medidas de aseguramiento y la pena derivada de la adjudicación de responsabilidad penal, la cual radica en los fines de una y otra, así lo sostuvo la Sala de Casación Penal, al señalar lo siguiente:

«En efecto, son funciones de la medida de aseguramiento al tenor del artículo 3° del Código de Procedimiento Penal, asegurar la comparecencia al proceso del sindicado, la preservación de la prueba y la protección de la comunidad y son fines de la misma garantizar la comparecencia del sindicado al proceso y la ejecución de la pena privativa de la libertad, e impedir la fuga del sindicado, que el sindicado continúe en la actividad delictual o emprenda labores tendientes a ocultar, destruir o deformar elementos probatorios importantes para la instrucción, o entorpecer la actividad probatoria (artículo 355 ibídem).

En cambio, son funciones de la pena al tenor de lo previsto en el artículo 4° del Código Penal, la prevención general y especial, la retribución justa, la reinserción social y la protección al condenado.

De ésta manera, mientras el sindicado se encuentra en detención preventiva, la restricción de su libertad no comporta pena alguna sino que garantiza el cumplimiento de los aludidos fines de la medida de aseguramiento. En efecto, mientras la condena no esté ejecutoriada, la presunción de inocencia se mantiene incólume».⁶

El anterior contexto doctrinal, enseña que el análisis realizado por el juez de control de garantías para detener a una persona en su domicilio, es completamente diferente al que elabora el juez de conocimiento para establecer si el sentenciado tiene derecho a purgar la pena en su residencia, por tal razón, resulta equivocado considerar que los jueces de conocimiento debían sujetarse o tener como referente los argumentos del juez de control de garantías cuando éste decidió otorgarle detención domiciliaria a la procesada, por cuanto las normas que tratan de la imposición de la medida cautelar⁷ frente a la que concierne al reconocimiento de la prisión domiciliaria para la *madre cabeza de familia*,⁸ obedecen a un carácter menos restrictivo del derecho a la libertad que desde el punto de vista se justifica por el hecho de no haber sido desvirtuada la presunción de inocencia.⁹

(v) Sobre la competencia del Juez de Conocimiento para resolver la petición de prisión domiciliaria

En lo que tiene que ver con el quinto y último reproche en el que se sustenta el cargo de nulidad, la Fiscalía comparte el criterio de la defensa en el sentido que el sentenciador puede realizar el análisis relativo a la concesión o no de la prisión domiciliaria y no dejarlo como de competencia única del juez de ejecución de penas. En efecto, se trata de un lineamiento de la Sala de Casación Penal, unificado en la

⁶ CSJ, AP, Auto del 8 de septiembre de 2008, radicación 29485.

⁷ Artículos 314 numeral 5 y 461 de la Ley 906 de 2004.

⁸ Artículo 1° de la Ley 750 de 2002.

⁹ Cfr. CSJ, sentencia SP4945-2019, del 13 de noviembre de 2019, radicación 53863.



Radicado No. 20221600001651

Oficio No. FDCSJ-10100-

19/01/2022

Página 9 de 14

sentencia *SP4945-2019 del 13 de noviembre de 2019, radicación 53863*, donde se señaló, en su acápite 6.3.2.2. que el juez de conocimiento es competente para decidir sobre la prisión domiciliaria para madres o padres cabeza de familia, cuando la misma sea solicitada, bajo el entendido que quien lo hace debe asumir las “*puntuales cargas probatorias y argumentativas consagradas en la Ley 750 de 2002*”, sin requerir que el fallo esté en firme para los subrogados penales; lo anterior, sin perjuicio de que el tema pueda también ser resuelto por el juez de ejecución de penas, cuando la situación sea sobreviniente o, por alguna razón, no haya sido resuelto por el Juez de Conocimiento.

En el presente asunto, contrario a lo sostenido por el censor, la Fiscalía puede leer que tanto en el fallo de primera instancia como el de segunda, los Juzgadores se ocuparon de resolver la petición de la defensa, negándole la prisión domiciliaria a la procesada. Se itera, que el de primera instancia, expuso las razones por las cuales la condición de *madre cabeza de familia*, tal como lo define la ley, no se encontraba demostrada en el expediente, particularmente, lo relativo a la ausencia permanente del padre del menor, quien es el llamado a asumir la custodia y cuidado del menor SDEG, atendiendo el principio de solidaridad; adicionalmente, se refirió a las características del hecho cuya responsabilidad aceptó LUZ DARY ESPITIA GARZON, para resaltar que la prisión domiciliaria no era garantía de protección para su hijo menor, como tampoco para la sociedad.

Por su parte, el Tribunal Superior, al resolver el recurso en los términos que fue interpuesto, entendió que: (i) si de lo que se trataba era que se le concediera la detención domiciliaria a la procesada, no podía hacerlo, porque dicha medida ya había sido concedida y al existir un fallo de primera instancia, el carácter cautelar de la medida perdía vigencia una vez quedara en firme la condena; y, (ii) si lo que se buscaba era el subrogado de prisión domiciliaria, éste no era viable, por el déficit probatorio reseñado en la sentencia de primera instancia; sin embargo, planteó la posibilidad que dicha carencia probatoria podía ser superada ante el Juez de Ejecución de Penas, siempre y cuando se lograra demostrar la condición de madre cabeza de familia.

Así las cosas, este último planteamiento de la defensa, tampoco resulta válido para alcanzar la sanción procesal pretendida en la medida en que, los Juzgadores no se sustrajeron de la obligación de resolver la petición para que a la señora LUZ DARY ESPITIA GARZON se le conceda la prisión domiciliaria, por el contrario, se pronunciaron respecto de esta, para señalar que no se hace acreedora, exponiendo sus criterios con la debida motivación, la cual siempre se soportó con cita de la doctrina autorizada.

Por todo lo expuesto se solicita, respetuosamente, a la Sala de Casación no decretar la nulidad de la sentencia de segunda instancia.

II. SEGUNDO CARGO:

Se acusa el fallo proferido por el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – y del juzgado 1 ° Penal del Circuito Especializado de Bogotá, por ser una unidad inescindible-, al amparo de la causal primera de casación consagrada en el artículo



Radicado No. 20221600001651

Oficio No. FDCSJ-10100-

19/01/2022

Página 10 de 14

181-1 del C.P.P. por considerar que se viola de manera directa la ley sustancial, por la vía de la interpretación restringida condujo a la **inaplicación** de los artículos 1º de la Ley 750 de 2002 y 2º de la Ley 1232 de 2008 y numeral 5º del Art. 314 de la Ley 906, lo cual llevó a la Judicatura a **denegar la concesión de la prisión domiciliaria** de la procesada LUZ DARY ESPITIA GARZÓN,

Este segundo cargo lo fundamenta el demandante, a partir de los siguientes argumentos:

Primero. Que, conforme a los Arts. 1 de la Ley 750 y 2 de la Ley 1232 de 2008, en concordancia con el numeral 5º del Art. 314 de la Ley 906, debe concederse la prisión domiciliaria a la madre (o padre) cabeza de familia en el caso concreto, cuando se hallen acreditados los requisitos legales que allí se contemplan, por cuanto, en los términos de la Corte Suprema de Justicia *"la privación de la libertad en establecimiento carcelario en contra del padre o madre cabeza de familia afecta de modo intolerable los derechos de sus hijos menores de edad"*.

Segundo. Que, a pesar que el juez para conceder el sustituto penal de la prisión domiciliaria por la condición de madre debe tener en cuenta *"el desempeño personal, laboral, familiar o social"* del infractor (con miras a establecer si el beneficio pondrá en peligro a la comunidad o a las personas que estuviesen a su cargo), ello mismo no constituye camisa de fuerza, pues además *"no está limitada por la naturaleza del delito, ni está supeditada a la carencia de antecedentes penales y, menos aún, a la valoración de algún componente subjetivo"*; y,

Tercero. Que, el sentenciador de instancia, al darle una restringida interpretación a la norma sustancial, dejó de aplicar las normas sustanciales referidas, desconociendo los criterios y pautas jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia, como órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria.

CONSIDERACIONES DE LA FISCALÍA

Para el suscrito Delegado, este segundo cargo, tampoco está llamado a prosperar y, en consecuencia, se solicitará que no se case la sentencia impugnada, por cuanto no le asiste razón al recurrente.

Sobre el particular, la Fiscalía no abordará la crítica a los argumentos sobre los cuales se fundamenta el cargo, de manera independiente respecto de cada uno éstos, por cuanto advierte que los mismos carecen de unos elementos propios que lo definan y permitan ser analizados en forma separada. Por el contrario, los tres argumentos que plantea el censor convergen en una supuesta inaplicación de las normas que regulan lo relativo a la prisión domiciliaria, para concederla a favor de la señora LUZ DARY ESPITIA GARZON, bajo el supuesto que de no hacerlo, se estaría desprotegiendo a su hijo menor y en ese contexto, señaló el demandante que la predicción acerca de la personalidad de la madre cabeza de familia, *"no está limitada por la naturaleza del delito, ni está supeditada a la carencia de antecedentes penales y, menos aún, a la*



Radicado No. 20221600001651

Oficio No. FDCSJ-10100-

19/01/2022

Página 11 de 14

*valoración de algún componente subjetivo”.*¹⁰

Para sustentar el reproche, el demandante citó el contenido de los artículos 1 de la Ley 750 de 2002¹¹ y 2 de la Ley 1232 de 2008, así como las decisiones de la Corte Constitucional en las cuales se ha referido al concepto de “*madre -o padre- cabeza de familia*” y los presupuestos que se deben reunir para que exista un reconocimiento de tal condición.

Pues bien, lo que demuestra las sentencias demandadas es precisamente la aplicación de las normas citadas por el censor, para no conceder el subrogado de prisión domiciliaria, amparado en la condición de *madre cabeza de familia*, en la medida en que se estudiaron las siguientes circunstancias: (i) Si la señora LUZ DARY ESPITIA GARZON cumplía con la condición de *madre cabeza de familia*, en los términos del artículo 2 de la Ley 1232 de 2008 y de la jurisprudencia constitucional y, (ii) que a partir de su *desempeño personal, laboral, familiar o social la autoridad judicial pudiera determinar que no colocará en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo, entre ellos su hijo menor de edad.*

Para la Fiscalía dichas condiciones no se encuentran reunidas, tal como pasa a verse, en armonía con lo declarado por los Juzgadores en las Sentencias de primera y segunda instancia.

(i) Sobre la condición de madre cabeza de familia

El artículo 2 de la Ley 1232 de 2008, define a la *madre cabeza de familia* como aquella, “*quien siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.*”

Adicionalmente, la Corte Constitucional, según cita traída por el mismo demandante, sobre la condición de mujer cabeza de familia, señaló lo siguiente:

“[p]ara tener dicha condición es presupuesto indispensable (i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia

¹⁰ Según cita de lo decidido por la Sala de Casación Penal, en sentencia del 30 de septiembre de 2009 proferida dentro del radicado 30106.

¹¹ “*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.

(...)



Radicado No. 20221600001651

Oficio No. FDGSJ-10100-

19/01/2022

Página 12 de 14

permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquella se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o, como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar".¹²

Adicionalmente, debe agregar el suscrito Delegado, que la pretensión lleva implícita una puntual carga probatoria y argumentativa por la parte que la invoca, tal como lo señaló la sentencia SP4945-2019 del 13 de noviembre de 2019, proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

En consecuencia, al articular los dispositivos normativos y la jurisprudencia sobre la materia, se debe concluir que le asiste razón a las instancias, cuando se refieren a la carencia demostrativa acerca de dos de los presupuestos que se requiere colmar para que le sea reconocida la condición de *madre de cabeza de familia*, como lo es "no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquella se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre" y "que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o, como es obvio la muerte." Así lo reseñó el juez de primera instancia y lo confirmó el Tribunal Superior de Bogotá, señalando que, si bien se dijo por parte de la defensa, que el menor SDEG fue concebido en el marco de una relación sentimental pasajera con un piloto extranjero y que este no asumió su responsabilidad como padre del infante, ninguna demostración existe en el plenario sobre ese particular, como tampoco se probó que se hubieran ejercido las acciones correspondientes, para saber si había una razón verdaderamente poderosa para no hacerlo.

A propósito de la segunda de los presupuestos que se extraña, al juez de primera instancia le llamó la atención el hecho de que la señora LUZ DARY ESPITIA GARZÓN, a pesar de la penurias económicas que dice tener, no hubiera intentado una acción en contra del progenitor de SDEG, para que asumiera la responsabilidad como padre, a pesar de que conoce su nombre, identidad, nacionalidad y profesión, sin que ello signifique que la judicatura esté obligando a la procesada a **realizar un imposible**, como lo denota con énfasis el demandante, por cuanto no se trata de un imposible exigir lo que por ley se debe, como tampoco resulta exótico que el a quo extraña el cumplimiento del principio de solidaridad por parte del padre ausente y la exigencia del mismo por la madre ante la complicada situación que atraviesa, como consecuencia del hecho por el cual está siendo condenada, el cual fue ampliamente publicitado.

Sobre este particular, la Fiscalía resalta que el principio de solidaridad no es una alternativa, por el contrario, tal como ha sido definido por la jurisprudencia constitucional es "el deber impuesto a quienes por vínculo familiar se encuentran unidos por diferentes lazos de afecto y se espera que de manera espontánea lleven a cabo actuaciones que contribuyan al apoyo, cuidado y desarrollo de aquellos

¹² Sentencia SU - 388 de 2005.



Radicado No. 20221600001651

Oficio No. FDCSJ-10100-

19/01/2022

Página 13 de 14

familiares que debido a su estado de necesidad o debilidad requieran protección especial. De esta forma, los miembros de la familia son los primeros llamados a prestar la asistencia requerida a sus integrantes más cercanos, pues es el entorno social y afectivo idóneo en el cual encuentra el cuidado y el auxilio necesario.”¹³

Bajo ese contexto fáctico, se debe reiterar que la parte que aduce la condición de *madre cabeza de familia* tiene la carga demostrativa de probarlo, a través de cualquiera de los medios probatorios autorizados por la ley, sin que baste la mera información de la persona que la alude o de su defensor, tal como sucedió en el caso que se estudia.

- (ii) ***Sobre el pronóstico de que la procesada no pondrá en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo, entre ellos su hijo menor de edad a partir de su desempeño personal, laboral, familiar o social.***

Para la Fiscalía, la defensa en su argumento trae a colación que la revisión sobre el desempeño personal, laboral, familiar o social del infractor, *"no está limitada por la naturaleza del delito, ni está supeditada a la carencia de antecedentes penales y, menos aún, a la valoración de algún componente subjetivo"*

Sin embargo, se debe decir que se trata de una cita caótica o temeraria realizada por el defensor de la sentencia proferida por la Sala de Casación Penal el 22 de junio de 2011 dentro del radicado 35943, por cuanto el fragmento transcrito no fue precisamente lo que se decidió por la Corte Suprema en esa oportunidad, por el contrario, se trató de una consideración expresada por la Corporación en fallos anteriores¹⁴ que se trajo a colación para plantear el problema jurídico que se proponía estudiar. En efecto, en contravía a lo manifestado por el recurrente, la cita que él trae fue objeto de revisión por la Sala de Casación, para concluir que dicha postura obedeció a una incorrecta o limitada visión de las normas que regían la materia, en cuanto al análisis de las condiciones subjetivas o personales del procesado y, en consecuencia, recogió su jurisprudencia, para considerar que era viable tener en cuenta en el estudio del desempeño personal del infractor, otros factores, entre esos, no solo los elementos objetivos y subjetivos de la acción u omisión típica y antijurídica realizada, sino también todas las circunstancias que rodearon la conducta delictiva y que concurrían en el delincuente.

Bajo esas orientaciones de la Sala de Casación Penal, no cabe la menor duda que el reproche de la defensa está llamado a fracasar, por cuanto, en el caso que se examina, el Juzgado de conocimiento, además de considerar que la señora LUZ DARY ESPITIA GARZON no cumple con la condición de *madre cabeza de familia*, también puso de relieve que no garantizaba la protección de los intereses del menor

¹³ Corte Constitucional, Sentencia C-451 de 2016

¹⁴ Sentencia de única instancia de 26 de junio de 2008, radicación 22453 y Sentencia de casación de 30 de septiembre de 2009, radicación 30106.



Radicado No. 20221600001651

Oficio No. FDCSJ-10100-

19/01/2022

Página 14 de 14

SDEG, en el evento concederle el subrogado de prisión domiciliaria, pronóstico realizado a partir de lo que fue su intervención en los hechos delictivos que ella aceptó.

Ciertamente, le asiste razón a la judicatura en negarle la prisión domiciliaria a la señora LUZ DARY ESPITIA GARZON, teniendo en cuenta el roll que cumplió en la organización delincriminal, valiéndose de su actividad laboral para servir de engranaje fundamental en el envío de 500 kilogramos de clorhidrato de cocaína con destino al Reino Unido, con desprecio absoluto a las instituciones policiales, en la medida que también sirvió para que ingresara a los hangares del aeropuerto un integrante de la banda criminal, disfrazado de policía quien haciendo uso de un perro, fingió revisar los alijos que fueron embarcados a la aeronave que volaría hacia el territorio extranjero.

Pero, además, se valió de su cargo para permitir que ingresaran las camionetas blindadas donde se movilizaba personas de nacionalidad extranjera, que a la postre volarían en la misma aeronave donde se introdujo media tonelada de estupefaciente.

De acuerdo con todo lo expuesto, el suscrito Delegado considera que los cargos postulados por el demandante, carecen de argumento para alcanzar su propósito, razón por la cual le solicito de manera respetuosa a la honorable Sala de Casación Penal que al momento de decidir el recurso extraordinario que nos ocupa, se mantenga la sentencia atacada.

Honorables magistrados, cordialmente,

Cordialmente,



CARLOS IBAN MEJIA ABELLO
Fiscal Décimo Delegado Ante La Corte Suprema de Justicia

Anexo (s):

Proyectó: nombre completo – cargo y visto bueno

Revisó: nombre completo – cargo y visto bueno

Asunto: RV: Sustentación Casación No. 54452
Fecha: miércoles, 19 de enero de 2022, 6:24:41 p.m. hora estándar de Colombia
De: Oscar Augusto Ferreira Perdomo <oscar.ferreira@fiscalia.gov.co>
A: Munir Shariff Jaller Quiroz <munirjq@cortesuprema.gov.co>
CC: Jaime Eduardo Araque Ariza <jaime.araque@fiscalia.gov.co>
Prioridad: Alta
Datos adjuntos: image001.png, image002.jpg, Sustentacion Casacion No. 54452.pdf

Buenas tardes doctor Munir Shariff Jaller Quiroz

Siguiendo instrucciones del doctor Carlos Iban Mejía Abello, Fiscal Décimo Delegado Ante La Corte Suprema de Justicia, comedidamente me permito remitir en dato adjunto intervención dentro de la Casación No. 54452

Lo anterior para su conocimiento y fines pertinente

Acusar Recibo del Presente Correo

Cordialmente,

Óscar Augusto Ferreira Perdomo
Fiscalía Delegada Ante la Corte Suprema de Justicia Bogotá
(57) 5803814 Ext. 13759
Fiscalía General de la Nación
Avenida Calle 24 No. 52 - 01 Edificio H Piso 2, Código Postal 111321, Bogotá D.C.



Cuidemos del medio ambiente. Por favor no imprima este e-mail si no es necesario.

NOTA CONFIDENCIAL DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN: Este mensaje (incluyendo cualquier anexo) contiene información confidencial y se encuentra protegido por la Ley. Sólo puede ser utilizada por la persona o compañía a la cual está dirigido. Si usted no es el receptor autorizado, o por error recibe este mensaje, favor borrarlo inmediatamente. Cualquier retención difusión, distribución, copia o toma cualquier acción basado en ella, se encuentra estrictamente prohibido. NOTA CONFIDENCIAL DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN: Este mensaje (incluyendo cualquier anexo) contiene información confidencial y se encuentra protegido por la Ley. Sólo puede ser utilizada por la persona o compañía a la cual está dirigido. Si usted no es el receptor autorizado, o por error recibe este mensaje, favor borrarlo inmediatamente. Cualquier retención difusión, distribución, copia o toma cualquier

acción basado en ella, se encuentra estrictamente prohibido.