



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO MONTERÍA CÓRDOBA

Montería, veintiuno (21) de julio de dos mil veinte (2020).

CLASE DE PROVIDENCIA: SENTENCIA
CUI: 23001-60-01015-2018-01727-00
IMPUTADO: ENRIQUE WILMAN BERRIO DE LA ROSA
DELITO: TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

VISTOS

Procede el Juzgado a dictar sentencia dentro de la causa penal que por el delito de **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** se sigue en contra del señor **ENRIQUE WILMAN BERRIO DE LA ROSA**, una vez celebrada audiencia de verificación de la legalidad del preacuerdo celebrado entre las partes e individualización de pena.

HECHOS

El día 10 de octubre de 2018, fue capturado en flagrancia el señor **ENRIQUE WILMAN BERRIO DE LA ROSA**, cuando miembros de la Policía Nacional encontraron en la motocicleta en la que se movilizaba una bolsa de color amarillo y negro, que contenía otra envoltura plástica, en su interior una sustancia solida pulverulenta de color blanco con olor y características similares a la cocaína, fue sometida a experticia técnica por parte de perito, determinándose que se trataba de cocaína y sus derivados con un peso neto de mil uno punto cinco (1001.5) gramos.

INDIVIDUALIZACIÓN E IDENTIFICACIÓN DEL ACUSADO

ENRIQUE WILMAN BERRIO DE LA ROSA, identificado con la cédula de ciudadanía N° 78.749.497 expedida en Montería – Córdoba, nacido el 30 de diciembre de 1964 en esta ciudad, hijo de Rosa Berrio de la Rosa y Rafael Berrio, de oficio moto taxista, y de estado civil unión libre.

Se trata de una persona de sexo masculino, color de piel trigueña, contextura atlética, sin más datos.

ACTUACIÓN PROCESAL

En audiencia celebrada el día 10 de octubre de 2018, ante el Juzgado Tercero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de esta ciudad, la Fiscalía imputó

CLASE DE PROVIDENCIA: SENTENCIA
CUI: 23001-60-01015-2018-01727-00
IMPUTADO: ENRIQUE WIMAN BERRIO DE LA ROSA
DELITO: TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

cargos al señor **ENRIQUE WILMAN BERRIO DE LA ROSA** por el presunto punible de **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES**, tipificado en el Artículo 376 inciso 3º del Código Penal, modificado por el artículo 11 de la ley 1453 del 24 de junio de 2011, a título de autor, sin que aceptara cargos; siendo afectado con detención preventiva en su lugar de residencia.

Mediante auto de fecha 10 de diciembre del año 2018 se aprehendió conocimiento del asunto, procediéndose a fijar fecha y realizándose audiencia de formulación de acusación el 27 de mayo de 2019, fijada fecha para realizar audiencia preparatoria en la fecha ut supra, se mutó a diligencia de verificación a la legalidad del preacuerdo celebrado entre el acusado y la Fiscalía sobre la conducta endiligada, mediante el cual se le reconoció como único beneficio a cambio de la aceptación de responsabilidad, variar su forma de participación de autor a cómplice, siendo avalado por este Despacho en esa misma fecha, correspondiendo imprimir al asunto el trámite señalado en los Artículos 348 a 354 del Código de Procedimiento Penal.

Dentro la audiencia de individualización de pena prevista en el Artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, la Fiscalía identificó e individualizó al acusado, haciendo referencia a sus condiciones individuales, familiares y sociales, precisando que no presenta antecedentes penales, en cuanto a la pena señaló que ya venía pactada en el preacuerdo, y en relación a los subrogados penales, indicó que considera que se hace acreedor a la sustitución de la prisión intramural a domiciliaria.

A su turno, la defensa respecto a la concesión de subrogados o sustitutos penales, solicitó el otorgamiento de la prisión domiciliaria, alegando que su defendido ostenta la calidad de padre cabeza de familia, lo que asegura se demuestra con el informe de visita domiciliaria llevada a cabo por la Comisaría Quinta de Familia de Barranquilla, donde consta que cumple todos los requisitos para su concesión.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

El artículo 381 de la Ley 906 de 2004, exige como requisito para dictar sentencia condenatoria, el conocimiento más allá de toda duda acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, con fundamento en la prueba debatida en el juicio, sin que se funde exclusivamente en prueba de referencia. A su vez, el artículo 9º del Código Penal, precisa que para que una conducta sea punible, debe ser típica, antijurídica y culpable y que la causalidad por sí sola, no basta para la imputación jurídica del resultado.

Frente al primer presupuesto, establece el artículo 10 del Código Penal que la ley definirá en forma inequívoca, expresa y clara las características básicas del tipo penal;

CLASE DE PROVIDENCIA: SENTENCIA
CUI: 23001-60-01015-2018-01727-00
IMPUTADO: ENRIQUE WIMAN BERRIO DE LA ROSA
DELITO: TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

por tal razón, implica la garantía de estricta tipicidad, que los hechos revelados en forma objetiva de las pruebas se adecuen a la hipótesis delictiva por la que se es acusado.

Conforme lo anterior, se hace necesario conocer el comportamiento delictivo imputado al señor ENRIQUE WILMAN BERRIO DE LA ROSA, con el fin de determinar si realmente la situación fáctica se adecua al tipo. Se trata en este caso del delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, en la modalidad de TRANSPORTAR, por el que se celebró preacuerdo entre la Fiscalía y el imputado, que se define en el artículo 376 inciso 2º del Código Penal, así:

“ARTÍCULO 376. TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES. Modificado por el art. 11, Ley 1453 de 2011. El que sin permiso de autoridad competente, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas que se encuentren contempladas en los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas, incurrirá en prisión de (...).

(...) Inciso 3º. Si la cantidad de droga excede los límites máximos previstos en el inciso anterior sin pasar de diez mil (10.000) gramos de marihuana, tres mil (3.000) gramos de hachís, dos mil (2.000) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o sesenta (60) gramos de derivados de la amapola, cuatro mil (4.000) gramos de droga sintética, quinientos (500) gramos de nitrato de amilo, quinientos (500) gramos de ketamina y GHB, la pena será de noventa y seis (96) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión y multa de ciento veinte y cuatro (124) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes. (...).”

En lo que respecta al tipo penal, en la sentencia de fecha 1º de febrero de 2007, la Honorable Corte Suprema de Justicia, dentro del Proceso N° 23609, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez, sostuvo que:

“Y así se circunscribe el bien jurídico a la salud pública, el tipo penal descrito en el Art. 376 de la Ley 599 de 2000 -Ley 30 de 1986 anterior- es de los denominados de peligro abstracto, en el sentido de que no exige la concreción de un daño al bien jurídico tutelado, sino que basta la eventualidad de que el interés resulte lesionado, pues el tráfico de sustancias estupefacientes, en cuanto es la condición necesaria y específica para que los individuos y la comunidad las consuman, pone en peligro la salubridad pública. En este tipo de actividades, el legislador anticipa la protección y conmina el ejercicio de la actividad que se considera riesgosa para el bien jurídico y la sociedad”.

Sobre el mismo punto, la Corte Constitucional mediante sentencia C-491/12, de fecha 28 de junio de 2012, del Honorable Magistrado Ponente LUÍS ERNESTO VARGAS SILVA, indica que:

CLASE DE PROVIDENCIA: SENTENCIA
CUI: 23001-60-01015-2018-01727-00
IMPUTADO: ENRIQUE WILMAN BERRIO DE LA ROSA
DELITO: TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

*“(...) 22.1. Mediante el tipo delictivo del 376 se penalizan varias conductas a través de las cuales se incurre en el tráfico, fabricación o porte de sustancias estupefacientes. En ese orden de ideas se introducen en la norma una amplia gama de verbos rectores que a juicio del legislador describen conductas potencialmente idóneos para afectar el bien jurídico que la norma protege: (i) introducir al país, así sea en tránsito; (ii) sacar del país; (iii) transportar; (iv) llevar consigo; (v) almacenar; (vi) conservar; (vii) elaborar; (viii) vender; (ix) ofrecer; (x) adquirir; (xi) financiar; o (xii) suministrar a cualquier título. Esta pormenorizada enumeración de conductas alternativas concurren en últimas, a estructurar alguna de las hipótesis con las que se identifica el tipo delictivo: “El tráfico, fabricación o **porte de estupefacientes**”.*

22.2. Todas las hipótesis de conducta están referidas a sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas que se encuentren contempladas en los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas (...).”

Ahora bien, se tiene acreditado en el asunto que el día 10 de octubre de 2018, fue capturado en flagrancia el señor **ENRIQUE WILMAN BERRIO DE LA ROSA**, cuando le encontraron en la motocicleta una bolsa de color amarillo y negro, que contenía otra envoltura plástica, en su interior una sustancia solida pulverulenta de color blanco con olor y características similares a la cocaína, fue sometida a experticia técnica por parte de perito, determinándose que se trataba de cocaína y sus derivados con un peso neto de mil uno punto cinco (1001.5) gramos. Cuyo sustento probatorio reposa en:

- Informe de Policía de vigilancia en casos de captura en flagrancia de fecha 10 de octubre de 2018, suscrito por el PT. Jesús David Pérez Romero.
- Acta de derechos del capturado y formato de arraigo, de la misma fecha suscritos por el procesado y los PT. Jesús David Pérez Romero y Oscar Luis Arteaga González.
- Acta de incautación de la sustancia estupefacientes, y de la motocicleta en la que se transportaba el procesado al momento de la captura, suscritas por el PT. Oscar Luis Arteaga González.
- Informe ejecutivo de actos urgentes, que contiene certificación expedida por la Registraduría Nacional del Estado Civil sobre la identificación del señor BERRIO DE LA ROSA.
- Oficio de fecha 9 de octubre de 2018 suscrito por el patrullero de la Policía Nacional Milton Javier Luna Torres, mediante el cual hace constar que el señor ENRIQUE WILMAN BERRIO DE LA ROSA no tiene antecedentes penales.
- Informe investigador de campo FPJ-11 mediante el cual el perito Camilo Matura Arias concluye que la sustancia incautada corresponde a un peso neto de

CLASE DE PROVIDENCIA: SENTENCIA
CUI: 23001-60-01015-2018-01727-00
IMPUTADO: ENRIQUE WIMAN BERRIO DE LA ROSA
DELITO: TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

1001.5 gramos de cocaína y sus derivados. Así como también álbum fotográfico de lo incautado.

Evidenciándose así que el comportamiento desplegado por el señor ENRIQUE WILMAN BERRIO DE LA ROSA se subsume en el ilícito de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, típicamente descritos en los artículos 376 inc. 3º del Código Penal.

En cuanto al segundo elemento a tener en cuenta, el artículo 11 del Código Penal, refiriéndose a la antijuridicidad, señala que: *“Para que una conducta típica, sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal”*.

En este caso, la conducta asumida por el enjuiciado, sin lugar a dudas lesionó, sin ninguna justificación, el bien jurídico de la salud pública, teniendo en cuenta que se trata de un delito de peligro presunto, esto es, aquéllos en los que el legislador presupone de hecho el menoscabo del bien jurídico con la realización de cualquiera de los verbos rectores previstos en la norma, sin que sea necesaria la producción de un resultado de lesión material o no valorativo. Por tanto, la realización de cualquiera de sus verbos se traduce en una contradicción entre la norma y la conducta desplegada, que en el caso bajo estudio afectó el bien jurídico tutelado, lo que constituye una conducta antijurídica; sin que se vislumbre la existencia de una causal de justificación.

Conforme lo que milita en la carpeta, se concluye que el acusado, para la fecha de los hechos, no padecía de inmadurez psicológica o trastorno mental alguno, como tampoco se encontraba afectado por la diversidad socio cultural o estados similares, por lo cual debe ser considerado como sujeto imputable y continuarse con el trámite ordinario establecido para esta clase de comportamientos o infractores de la ley penal.

Concerniente a la culpabilidad, la define el artículo 12 del Código Penal, así: *“Sólo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva”*. Al respecto, es claro que el sentenciado le era exigible un comportamiento conforme a la ley, pues con conocimiento y conciencia de la antijuridicidad de lo que hacía y siendo persona imputable, bien pudo actuar de otra manera, pues nada lo obligó a proceder como lo hizo. Aunado a lo anterior, se tiene que este de forma libre, voluntaria y espontánea aceptó su responsabilidad en la comisión de la conducta punible de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, en el preacuerdo celebrado con la Fiscalía General de la

CLASE DE PROVIDENCIA: SENTENCIA
CUI: 23001-60-01015-2018-01727-00
IMPUTADO: ENRIQUE WIMAN BERRIO DE LA ROSA
DELITO: TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

Nación, que permite a este juzgador obtener el conocimiento más allá de toda duda acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado.

DOSIFICACIÓN DE LA PENA

Se procede por el delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES que define y sanciona la codificación penal vigente, en su libro Segundo, Título XIII, de los Delitos contra la Salud Pública, Capítulo II, denominado DEL TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES Y OTRAS INFRACCIONES, artículo 376 inciso 3º, que conlleva como sanción principal una pena será de noventa y seis (96) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión y multa de ciento veinticuatro (124) a mil quinientos (1500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Sería del caso aplicar por el Juzgado los criterios de dosimetría penal previstos en el artículo 60 del Código Penal (Parámetros para la determinación de mínimos y máximos), atendiendo para ello, las previsiones de los artículos 55 y 58 ibídem, fundamentos no modificadores de los topes penales, sin embargo, la pena viene fijada en el preacuerdo celebrado, siendo obligatorio para el juez acogerla en la forma señalada, conforme lo dispuesto en el artículo 351 del Código de Procedimiento Penal, inciso 4, que reza: *“los preacuerdos celebrados entre Fiscalía y acusado obligan al Juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales”*, así como lo prescrito en el artículo 370 de la misma obra procesal, que señala que *“Si el Juez aceptare las manifestaciones preacordadas, no podrá imponer una pena superior a la que ha solicitado la fiscalía”*.

En este caso, se tiene que el preacuerdo fue aprobado por el Juzgado, siendo reconocida en éste la variación en la forma de participación de AUTOR a CÓMPLICE, conforme a lo previsto en el Artículo 30 del Código Penal, que es del siguiente tenor: *“Quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma, incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad.”*

Lo anterior, con fundamento en la sentencia proferida por la H. Corte Suprema de Justicia, de fecha 15 de octubre de 2014, radicado SP13939-2014, M. P. doctor Gustavo Enrique Malo Fernández, en la que se consignó que, la Fiscalía, en aras de llegar a un preacuerdo con el acusado, que permita humanizar y llegar a la verdad, puede dentro de sus facultades otorgarle como beneficio cualquiera de las causales de atenuación punitiva, pese a no encontrarse demostrada, a cambio de la aceptación de la responsabilidad penal del imputado; como sucedió en el caso sometido a consideración del Juzgado, en el que el acusado ENRIQUE WILMAN BERRIO DE LA

CLASE DE PROVIDENCIA: SENTENCIA
CUI: 23001-60-01015-2018-01727-00
IMPUTADO: ENRIQUE WILMAN BERRIO DE LA ROSA
DELITO: TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

ROSA de forma libre y asesorado por su defensor, suscribió preacuerdo reconociendo su responsabilidad en el reato imputado con el fin de obtener a cambio que se degradara su forma de participación de autor a cómplice; lo que es ratificado en la sentencia SP 931-2016 M.P. JOSE LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ, radicado N° 43356 de fecha 03 de febrero de 2016, que trata la calidad de cómplice.

Es de resaltar, que la pena acordada entre Fiscalía y acusado respeta los parámetros legales, como quiera que la conducta punible descrita en el artículo 376 inc. 3° del Código penal contempla pena de prisión de noventa y seis (96) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión, y al aplicarse la forma de participación prevista en el inciso tercero del artículo 30 ibídem debe disminuirse de una sexta parte a la mitad, quedando los extremos punitivos de 48 a 120 meses; siendo aceptable la pactada en CUARENTA Y OCHO (48) MESES DE PRISIÓN, debiéndose aplicar con el mismo criterio la pena de multa, que se fija en SESENTA y DOS (62) SALARIOS MÍNIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE, que por no quebrantar garantías fundamentales resulta obligatoria para el juez, según se prescribe en el inciso cuarto del artículo 351 del Código Procesal Penal colombiano.

Conforme lo expuesto, se impondrá como pena principal al sentenciado **ENRIQUE WILMAN BERRIO DE LA ROSA** la correspondiente a **CUARENTA y OCHO (48) MESES DE PRISIÓN y MULTA DE SESENTA y DOS (62) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES**, sin lugar a ninguna otra rebaja y sin aplicar sistema de cuartos, por tratarse de un preacuerdo entre Fiscalía y acusado, conforme lo dispuesto en el inciso 5° del artículo 61 del Código Penal, modificado por el artículo 3° de la Ley 890 del 2004.

Igualmente, se le impondrá al condenado, con fundamento en los artículos 51 y 52 del C.P., pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por el mismo término de la pena principal.

SUBROGADOS Y SUSTITUTOS PENALES

En este aspecto, se tiene que en la intervención de las partes en el traslado del artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, se estableció sobre las condiciones individuales, familiares y sociales del acusado que, se trata de una persona que tiene arraigo, que no presenta antecedentes penales, entre otros aspectos; solicitándose la sustitución de la pena privativa de la libertad en centro de reclusión por la prisión domiciliaria, considerandose por la defensa y fiscalía que el señor ENRIQUE WILMAN BERRIO DE LA ROSA, ostenta la condición de padre cabeza de familia.

CLASE DE PROVIDENCIA:	SENTENCIA
CUI:	23001-60-01015-2018-01727-00
IMPUTADO:	ENRIQUE WIMAN BERRIO DE LA ROSA
DELITO:	TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

Se procede el estudio de la sustitución de la prisión en centro carcelario por la domiciliaria, en la forma solicitada por la defensa, en tal sentido, se deberán analizar los requisitos legales y jurisprudenciales exigidos para la concesión del sustituto de prisión domiciliaria como la calidad de padre cabeza de familia, de conformidad con lo establecido en la Ley 750 de 2002.

Así, establece el artículo 1° de la ley 750 de 2002 que:

“La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá, cuando la infractora sea mujer cabeza de familia, en el lugar de su residencia o en su defecto en el lugar señalado por el juez en caso de que la víctima de la conducta punible resida en aquel lugar, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

Que el desempeño personal, laboral, familiar o social de la infractora permita a la autoridad judicial competente determinar que no colocará en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo, hijos menores de edad o hijos con incapacidad mental permanente.

La presente ley no se aplicará a las autoras o partícipes de los delitos de genocidio, homicidio, delitos contra las cosas o personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, extorsión secuestro o desaparición forzada o quienes registren antecedentes penales, salvo por delitos culposos o delitos políticos.

Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones (...).”

Por su parte, el artículo 2° de la Ley 2ª de 1993, modificado por el inciso 2° del canon 1° de la Ley 1232 de 2008, define a la mujer cabeza de familia, así:

*“(…) **Jefatura Femenina de Hogar.** Para los efectos de la presente ley, la Jefatura Femenina de Hogar es una categoría social de los hogares, derivada de los cambios socio- demográficos, económicos, culturales y de las relaciones de género que se han producido en la estructura familiar, en las subjetividades, representaciones e identidades de las mujeres que redefinen su posición y condición en los procesos de reproducción y producción social, que es objeto de políticas públicas en las que participan instituciones estatales, privadas y sectores de la sociedad civil.*

*En concordancia con lo anterior, es Mujer Cabeza de Familia quien, siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios **u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar**, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, psíquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar”.*

De ello se extrae que el carácter de cabeza de familia no sólo se adquiere cuando se tiene a cargo a hijos menores de edad. En efecto, el legislador previó expresamente la posibilidad de adquirir dicha calidad cuando esa relación de dependencia se presenta frente a *“otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar”*. Esta postura fue reiterada, en la sentencia SU-388 de 2005 y sentencia T-200 de 2006, la Corte

CLASE DE PROVIDENCIA: SENTENCIA
CUI: 23001-60-01015-2018-01727-00
IMPUTADO: ENRIQUE WIMAN BERRIO DE LA ROSA
DELITO: TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

Constitucional concluyó que una de las demandantes era madre cabeza de familia por el hecho de tener a cargo a su padre, dada la ancianidad y el precario estado de salud de éste. En el mismo sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido esa condición en situaciones en que mujeres están a cargo del cónyuge que padece una grave afectación mental¹.

Ahora bien, la prisión domiciliaria, bajo la modalidad de madre cabeza de familia, opera cuando la condenada o condenado tiene a cargo hijos menores, y cuando también constituye el único soporte de otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, bien por su edad o por problemas graves de salud. Lo anterior, siempre y cuando se verifiquen los requisitos consagrados en el artículo 1º de la Ley 750 de 2002 antes descritos.

De esta manera, el beneficio en mención podría otorgarse cuando esas “*otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar*” dependan exclusivamente del procesado, al punto que éste, respecto de aquéllas, reúna los requisitos legales para ser catalogado como cabeza de familia.

El problema jurídico se contrae entonces a determinar si el señor ENRIQUE WILMAN BERRIO DE LA ROSA, quien será condenado por el delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES tiene derecho a la sustitución de la pena de prisión carcelaria por la de prisión domiciliaria, en su presunta condición de padre cabeza de familia, conforme a la ley 750 de 2002; toda vez que tiene dos hijas a su cargo y sus nietos, pues sus hijos mayores probablemente padecen el virus de la inmunodeficiencia humana –VIH-.

Pues bien, los elementos probatorios aportados con la solicitud son, *i)* estudio socioeconómico de la Casa de Justicia de esta ciudad suscrito por la trabajadora social Lina Esmeralda Espitia Durango, de fecha 30 de septiembre de 2019; *ii)* registros civiles de nacimiento de: Nelfi Johana Berrio Ramos con número de Nuiip 1003398679, en el cual consta que nació el 8 de octubre de 2001, y que sus padres son María Luisa Álvarez Ramos y José Bartolo Berrio; Hanna Isabel Berrio Ramos con número de Nuiip 1233347102, en el cual consta que nació el 01 de octubre de 2018, y que su madre es Nelfi Johana Berrio Ramos; Ángel David Velásquez Berrio con número de Nuiip 1133794327, en el cual consta que nació el 24 de diciembre de 2004, y que sus padres son Yudi Cecilia Berrio Figueredo y Ángel Gabriel Velásquez Montiel; Ángel Gabriel Velásquez Berrio con número de Nuiip 1062441073, en el cual consta que nació el 11 de enero de 2010, y que sus padres son Yudi Cecilia Berrio Figueredo y Ángel Gabriel

¹ CSJ SP 12 feb. 2014, rad. 43.118

CLASE DE PROVIDENCIA: SENTENCIA
CUI: 23001-60-01015-2018-01727-00
IMPUTADO: ENRIQUE WIMAN BERRIO DE LA ROSA
DELITO: TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

Velásquez Montiel; Stiven Polo Berrio con número de Nuij 1067962262, en el cual consta que nació el 16 de septiembre de 2016, y que sus padres son Claudia Marcela Polo Regino y Luis Enrique Berrio Figueredo; y *iii*) Historia clínica de Nelfi Johana Berrio Ramos con diagnóstico de colitis ulcerosa.

En el informe de la casa de justicia se indica que el señor Enrique Wilman Berrio de La Rosa creció bajo un modelo de familia monoparental, y a la fecha del informe, 30 de septiembre de 2019, su familia tenía la siguiente composición: Nelfi Berrio Ramos de 17 años de ocupación ama de casa y Valeria Berrio Ramos de 8 años de ocupación estudiante, hijas ambas del procesado; Ángel David Velásquez Berrio de 15 años de edad de ocupación estudiante, Ángel Gabriel Velásquez Berrio de 9 años de edad de ocupación estudiante y Hanna Berrio Ramos de 1 año de edad, nietos del procesado. Así mismo, se indica que la esposa del señor BERRIO DE LA ROSA falleció, y que su posterior compañera permanente lo abandonó dejándolo con su hija Nelfi Berrio Ramos.

Ahora si bien en el informe socioeconómico se indicó que el señor ENRIQUE WILMAN BERRIO DE LA ROSA está a cargo de dos hijas, una menor de edad y otra mayor, y de tres nietos; lo cierto es que tal situación jurídica no se acreditó con los registros civiles de nacimiento, como quiera que respecto de la joven de hoy 18 años de edad NELFI BERRIO RAMOS no figura como padre el señor ENRIQUE WILMAN BERRIO DE LA ROSA, si no, el señor José Bartolo Berrio; y en cuanto a la otra menor de la que dice en el referido informe que el procesado es padre, VALERIA BERRIO RAMOS, no se aportó registro civil de nacimiento que acredite el parentesco. En igual sentido tampoco se acreditó que los menores ANGEL DAVID, ANGEL GABRIEL VELÁSQUEZ Y STEVEN BERRIO POLO sean nietos del procesado, como quiera que no se aportó los registros civiles de los supuestos hijos mayores de edad del procesado, identificados en el informe en cita como YUDIS CECILIA y LUIS ENRIQUE BERRIO. Así mismo, se señala que el procesado es el abuelo de HANNA ISABELL BERRIO RAMOS, sin embargo, ello no se desprende del registro civil aportado, en el que se aprecia que la madre es NELFI JOHANA BERRIO RAMOS quien como se advirtió no es hija del procesado.

Aunado a lo anterior, se tiene que NELFI JOHANNA BERRIO RAMOS, quien no tiene parentesco con el procesado, en la actualidad es mayor de edad, sin que se haya acreditado ninguna incapacidad que le impida hacerse responsable por ella y sus hijas. Así mismo, respecto de los dos supuestos hijos mayores del procesado YUDIS CECILIA y LUIS ENRIQUE BERRIO padres de los tres nietos del procesado que estarían a su cargo, de quienes se alega como incapacidad tener VIH - Sida, sin

CLASE DE PROVIDENCIA: SENTENCIA
CUI: 23001-60-01015-2018-01727-00
IMPUTADO: ENRIQUE WILMAN BERRIO DE LA ROSA
DELITO: TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

aportar ningún elemento que acredite esa enfermedad, ni mucho menos historia clínica que permita determinar el estado de salud de estos, a partir del cual se pueda valorar de manera objetiva el grado de incapacidad que tendrían para asumir el deber como padres. Ello si, además, se tiene en cuenta que en la actualidad tener VIH (Virus de Inmunodeficiencia Humana) no es una sentencia de muerte y los tratamientos existentes en nuestro sistema de salud, les permiten a sus portadores tener una vida normal.

Ahora, se habla de unos nietos del procesado que estarían a su cuidado, por la enfermedad indemostrada de sus hijos, pero nada se dijo respecto de los otros padres de estos menores, es decir, CLAUDIA MARCELA POLO REGINO madre del menor STEVEN BERRIO POLO y ANGEL GABRIEL VELASQUEZ MONTIEL padre de los menores ANGEL DAVID y ANGEL GABRIEL VELASQUEZ BERRIO, quienes bien podrían asumir el cuidado de sus hijos frente a la eventual incapacidad de los otros padres, esto es, de los hijos del procesado.

En definitiva, el señor ENRIQUE WILMAN BERRIO DE LA ROSA no puede ser considerado como padre cabeza de familia, ya que no puede confundirse la jefatura del hogar, en tanto fenómeno socioeconómico, en el que se asume la manutención de hijos y nietos, con la figura de cabeza de familia derivada de la incapacidad de alguien a su cargo, en razón de su incapacidad para trabajar, lo cual no ha quedado acreditado a la fecha.

En ese orden, estima el Juzgado que el acusado no ostenta calidad de padre cabeza de familia, lo que no lo hace acreedor al sustituto de la prisión domiciliaria, como se declarará en esta sentencia.

De forma oficiosa debe pronunciarse el despacho, señalando que el artículo 63, modificado por el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014 consagra los requisitos para la procedencia de la suspensión de la ejecución de la pena, y que además del objetivo, de que la pena impuesta no supere los cuatro años, el contemplado, entre otros, en el numeral 2º, que reza: *“Si la persona condenada carece de antecedentes penales y no se trata de uno de los delitos contenidos el inciso 2º del artículo 68A de la Ley 599 de 2000, el juez de conocimiento concederá la medida con base solamente en el requisito objetivo señalado en el numeral 1 de este artículo”*.

En igual sentido debe entenderse que no hay derecho a la prisión domiciliaria transitoria consagrada en artículos 1 y siguientes del Decreto 546 de 14 de abril de 2020, *“Por medio del cual se adoptan medidas para sustituir la pena de prisión y la*

CLASE DE PROVIDENCIA: SENTENCIA
CUJ: 23001-60-01015-2018-01727-00
IMPUTADO: ENRIQUE WILMAN BERRIO DE LA ROSA
DELITO: TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimientos penitenciarios y carcelarios por la prisión domiciliaria y la detención domiciliaria transitorias en el lugar de residencia a personas que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad frente al COVID-19, y se adoptan otras medidas para combatir el hacinamiento carcelario y prevenir y mitigar el riesgo de propagación, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica", toda vez que el señor BERRIO DE LA ROSA, aceptó su responsabilidad y es condenado por el delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, el cual se encuentra dentro de las exclusiones contenidas en el artículo 6º de la misma normatividad.

En este caso, no procede el subrogado ni la prisión domiciliaria, ni la prisión domiciliaria transitoria por la prohibición para el delito endilgado al sentenciado conforme lo antes expuesto; y como quiera que hasta la fecha venía con detención domiciliaria, deberá oficiarse al INPEC por intermedio del Centro de Servicios para el traslado del procesado desde su lugar de residencia hasta la Cárcel Las Mercedes de esta ciudad. En caso de no ser posible, por intermedio del Centro de Servicios Judiciales de esta ciudad expídase la respectiva orden de captura.

OTRAS DETERMINACIONES

Esta decisión por intermedio del Centro de Servicios Judiciales de esta ciudad, se le comunicará a las autoridades que indican los artículos 166 y 462 del Código de Procedimiento Penal, y se remitirá, copia de lo pertinente, al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Montería, para el cumplimiento de la pena.

De conformidad con lo establecido en el artículo 87 del Código de Procedimiento Penal, ordénese la destrucción del remanente de la sustancia incautada al acusado al momento de su captura.

En razón y mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO DE MONTERÍA**, con funciones de conocimiento, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

RESUELVE

PRIMERO. Declarar penalmente responsable al señor **ENRIQUE WILMAN BERRIO DE LA ROSA**, identificado con la cédula de ciudadanía N° 78.749.497 expedida en Montería – Córdoba, como cómplice del delito de **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES**, de conformidad con el artículo 376 inciso 3º del Código Penal, de conformidad con el preacuerdo celebrado.

CLASE DE PROVIDENCIA: SENTENCIA
CUI: 23001-60-01015-2018-01727-00
IMPUTADO: ENRIQUE WILMAN BERRIO DE LA ROSA
DELITO: TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

SEGUNDO. CONDENAR a ENRIQUE WILMAN BERRIO DE LA ROSA, identificado con la cédula de ciudadanía N° 78.749.497 expedida en Montería – Córdoba, a la pena principal de **CUARENTA Y OCHO (48) MESES DE PRISIÓN, y MULTA DE SESENTA y DOS (62) SMMLV**, conforme el preacuerdo celebrado.

TERCERO. CONDENAR a ENRIQUE WILMAN BERRIO DE LA ROSA, identificado con la cédula de ciudadanía N° 78.749.497 expedida en Montería – Córdoba, a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por el mismo término de la pena principal.

CUARTO. NEGAR al sentenciado la sustitución de la prisión carcelaria por domiciliaria, suspensión de la ejecución de la pena, la prisión domiciliaria, la libertad condicional, así como también la prisión domiciliaria transitoria de que trata el Decreto 546 de 2020; de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, debiendo cumplir la pena impuesta en el establecimiento penitenciario que señale el INPEC. Para tal efecto ofíciase al director INPEC a través del Centro de Servicios Judiciales de esta ciudad. En caso de no ser posible, por intermedio del Centro de Servicios Judiciales de esta ciudad expídase la respectiva orden de captura.

QUINTO. De conformidad con lo establecido en el artículo 87 del Código de Procedimiento Penal, ordénese la destrucción del remanente de la sustancia incautada al acusado al momento de su captura.

SEXTO. En firme esta decisión, háganse las comunicaciones a las autoridades respectivas y envíese la actuación al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de este Distrito, por competencia, para los asuntos relacionados con la ejecución de la sanción, en los términos del artículo 41 del Código de Procedimiento Penal.

SÉPTIMO. Contra esta decisión procede el recurso de apelación, que deberá interponerse en esta audiencia, y sustentarse oralmente en la misma o por escrito dentro de los cinco (5) días siguientes, quedando las partes notificadas en estrados, por lo cual se le concede el uso de la palabra a las partes intervinientes.



CESAR AUGUSTO BEHAINE HERRERA
Juez.-