

# REPÚBLICA DE COLOMBIA



## SALA PENAL

### SENTENCIA PENAL No. 025– 2024

Radicado: 05 001 60 0000 2023 00532-2A instancia

**PROCESADOS:** UBER ARBEY RESTREPO FERNÁNDEZ Y OTROS  
**DELITO:** TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES y DESTINACIÓN ILÍCITA DE INMUEBLE  
**ORIGEN:** JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO DE BELLO  
**ASUNTO:** APELACIÓN DE SENTENCIA  
**DECISIÓN:** CONFIRMA  
**M. PONENTE:** HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA

**(Aprobado mediante Acta Nro. 60)**

(Sesión del veintinueve de mayo de dos mil veinticuatro)

**Medellín, treinta y uno (31) de mayo de dos mil veinticuatro (2024).**  
**Fecha lectura.**

Desata la Sala el recurso de apelación interpuesto por la defensa del condenado **UBER ARBEY RESTREPO FERNÁNDEZ**, contra la sentencia acordada, proferida por la Juez Segunda Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bello, Antioquia, el 16 de agosto de 2023, mediante la cual condenó a los señores UBER ARLEY RESTREPO FERNÁNDEZ y Juan Manuel Cardona Osorio, como coautores del delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, verbo rector *conservar con fines de distribución o venta*, en concurso heterogéneo con DESTINACIÓN ILÍCITA DE INMUEBLES, verbo rector *almacenar con fines de distribución o venta*, en los términos de los artículos 376, inciso tercero, 377 y 31 del Código Penal, por el cual fueran acusados, al tiempo que les negó los beneficios y subrogados penales.

### 1. HECHOS

Según la acusación, el 20 de febrero de 2023, en la casa de habitación ubicada en la Avenida 48BB Nro. 57A-29, barrio El Mirador del municipio de Bello, se practicó un operativo de allanamiento y registro, luego del cual fueron arrestados los señores



UBER ARBEY RESTREPO FERNÁNDEZ, Juan Manuel Cardona Osorio y Óscar Armando Ardila Orozco. Durante ese procedimiento se encontraron diversos objetos, entre ellos: 990 cigarrillos de diferentes marcas con contenido de cannabis, 195 tarros plásticos y bolsas herméticas con cocaína, 23 bolsas con papelitos con ácidos y 14 bolsas con pastillas rosadas. Además, fueron hallados manuscritos contables, \$392.000, una balanza digital y dos máquinas enrolladoras de cigarrillos. Las pruebas realizadas confirmaron la presencia de cannabis y sus derivados con un peso neto de 1.665 gramos, cocaína y sus derivados con un peso neto de 50 gramos y anfetaminas con un peso neto de 3 gramos. El resto de las muestras presentaron resultados negativos para estupefacientes.

## **2. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE**

El 22 de febrero de 2023, ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bello, se adelantaron audiencias preliminares, llevándose a cabo la legalización de la diligencia de allanamiento y registro, la incautación de bienes con fines de comiso, la legalización de captura en flagrancia y la formulación de imputación en contra de los señores UBER ARBEY RESTREPO FERNÁNDEZ, Juan Manuel Cardona Osorio y Óscar Armando Ardila Orozco, como presuntos autores del delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN o PORTE DE ESTUPEFACIENTES, verbo rector conservar con fines de distribución o venta, en concurso heterogéneo con DESTINACIÓN ILÍCITA DE INMUEBLES, verbo rector almacenar con fines de distribución o venta, en los términos de los artículos 376 inciso 3º, 377 y 31 del C.P., sin que estos se allanaran a los cargos, imponiéndoseles medida de aseguramiento de detención preventiva en el domicilio.

Para el 17 de abril de 2023, la Fiscalía presentó escrito de acusación, el cual le correspondió al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bello, Antioquia, en donde, luego de varios intentos, el 5 de junio de 2023, se instaló la audiencia de formulación de acusación, pero el objeto de la misma se varió para presentar un preacuerdo con los acusados UBER ARLEY RESTREPO FERNÁNDEZ y Juan Manuel Cardona Osorio.

**RADICADO:** 2023-00532  
**PROCESADOS:** UBER ARBEY RESTREPO FERNÁNDEZ Y Otro  
**DELITO:** TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES y OTRO  
**ORIGEN:** JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO BELLO  
**DECISIÓN:** CONFIRMA SENTENCIA  
**M. PONENTE:** HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA

Acuerdo consistente en la aceptación de los cargos imputados a cambio que se degradara la forma de participación de AUTORES a CÓMPLICES, acordando una pena de cuarenta y nueve (49) meses de prisión, con una multa equivalente a 728.66 SMMLV y la accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal, sin posibilidad de beneficios ni subrogados.

Revisado el preacuerdo, la Juez *a quo* lo encontró ajustado a la ley, en consecuencia, aprobó el mismo, dando curso a la audiencia del artículo 447 del estatuto procesal penal, donde la Fiscalía señaló que, respecto a las condiciones individuales, sociales, familiares, estilo de vida y antecedentes de los procesados, le corresponde a la defensa argumentar coherentemente estos aspectos, pues los conoce mejor. Marcó que los delitos por los cuales son condenados los acusados, no permiten beneficios penales sustitutivos y, dado que no se ha cumplido la mitad de la pena, no es posible acceder a ningún beneficio o considerar la posibilidad de un sustituto penal. Por solicitud de la defensa se suspendió la diligencia.

Luego, el 16 de agosto de 2023, previo a proferirse la sentencia, la defensora de UBER ARLEY RESTREPO FERNÁNDEZ, destacó la condición de éste como padre cabeza de familia, responsable del cuidado de su hijo menor y de su anciano padre. Argumenta que su situación laboral y familiar dificultarían el cumplimiento de una pena en prisión, además de resaltar la falta de antecedentes y la pena relativamente corta que fuera impuesta. El defensor de Juan Manuel Cardona Osorio, resaltó la juventud de su representado y la dependencia económica de su esposa e hija, sugiriendo que la prisión domiciliaria sería más apropiada para su caso, en consideración a la aceptación de responsabilidad y a la ausencia de informes negativos del INPEC. Haciendo uso de la palabra, los sentenciados dieron cuenta de sus condiciones familiares y socioeconómicas.

Luego de la lectura de la sentencia, el acusado UBER ARLEY RESTREPO FERNÁNDEZ y su defensora, presentaron recurso de apelación. Por su parte, el procesado Juan Manuel Cardona Osorio, si bien manifestó su interés en el recurso, luego desistió.

### 3. LA SENTENCIA

El 16 de agosto de 2023, la Juez Segunda Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bello, Antioquia, dictó sentencia condenatoria en contra de los señores UBER ARLEY RESTREPO FERNANDEZ y Juan Manuel Cardona Osorio, argumentando que en la actuación existen elementos probatorios aportados por la Fiscalía, los cuales se confirman con la aceptación de cargos, con los que se acredita la tipicidad de los actos descritos en los artículo 376 y 377 del C.P., considerándolos suficientes para afirmar, sin duda alguna, que también se acreditó la antijuridicidad de esas conductas, así como la culpabilidad, teniendo a los procesados como personas imputables.

En consecuencia, condenó a los señores UBER ARLEY RESTREPO FERNÁNDEZ y Juan Manuel Cardona Osorio, como coautores del delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, verbo rector conservar con fines de distribución o venta, en concurso heterogéneo con DESTINACIÓN ILÍCITA DE INMUEBLES, verbo rector almacenar con fines de distribución o venta, en los términos de los artículos 376 inciso tercero, 377 y 31 del C.P., a la pena principal de CUARENTA Y NUEVE (49) MESES DE PRISIÓN, MULTA EQUIVALENTE A 728,66 SMMLV y la pena accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término a la pena de prisión.

En cuanto al reconocimiento de la condición de padre cabeza de familia y la solicitud de beneficios presentada por la defensa de UBER ARLEY RESTREPO FERNÁNDEZ, se dijo que, aunque se demostró que es padre de un menor de edad, faltan pruebas que confirmen que el condenado es el único responsable del cuidado y la

manutención de su hijo. Además, el propio condenado ha indicado que el niño está bajo el cuidado de la madre en Bello, es decir, no vive bajo el mismo techo del solicitante, sólo hace mención a que envía dinero para sus gastos. En cuanto a su presunta responsabilidad frente al cuidado de su progenitor, aunque se presentó una declaración extrajudicial realizada en una notaría, allí no queda claro que el condenado tenga a su cargo y bajo su cuidado a su papá, por lo cual, no se puede aceptar la condición alegada.

#### **4. DE LA APELACIÓN**

La defensa del procesado UBER ARLEY RESTREPO FERNÁNDEZ solicita se revoque la decisión del juez de primera instancia, para que se le conceda a su representado *“LA PRISIÓN DOMICILIARIA DE PADRE CABEZA DE HOGAR”*.

Argumenta que el objeto de la apelación busca el reconocimiento de la condición de padre cabeza de hogar para su cliente, quien también cuida de su padre adulto mayor.

Considera que la separación sería perjudicial para el niño, dada la importancia del procesado en su vida, destacando el impacto negativo al desestabilizarse su hogar, así como el papel preponderante que tiene para su bienestar y protección, quien también se encarga del cuidado de su anciano padre, lo que acentúa y destaca su responsabilidad familiar.

Aduce que, como padre cabeza de hogar y proveedor principal para su hijo menor, así como para su anciano padre, su presencia en el hogar resulta fundamental para evitar consecuencias negativas para éstos. Agrega que el sistema penitenciario actual y la situación del país favorecerían y acentuarían que la resocialización del sentenciado se haga en un entorno familiar, no en la prisión intramural.

Señala la falta de una red de apoyo familiar extensa para asumir el cuidado del hijo y el padre del condenado, resaltando su buen comportamiento y la carencia de

antecedentes penales. Cuestiona la argumentación de la Juez de primera instancia, particularmente en relación con la interpretación de las declaraciones aportadas y la situación de convivencia del menor con su madre.

## 5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Esta Sala es competente para despachar el asunto propuesto de conformidad con el artículo 34 numeral 1º de la Ley 906 de 2004, con las limitantes de los artículos 31 de la Constitución nacional y 20, inciso segundo de ese estatuto procesal, pues apeló la defensa.

En esta oportunidad cabe precisar que en virtud del recurso de alzada la Sala adquiere competencia solo respecto del objeto de la misma, por tanto, se ocupará del aspecto debidamente impugnado, pues no se vislumbran afectaciones al debido proceso u otra garantía relacionada con la alzada que deba remediarse de oficio por la Corporación.

En el caso *sub judice*, encuentra la Sala que en la decisión objeto de inconformidad la Juez *a quo* manifestó que, con respecto al cambio de sitio de reclusión (domiciliaria en lugar de la intramural), que la postulación de la defensa no se acompañó de elementos que pudieren demostrar la condición de "*padre y cabeza de familia*", pues si bien se confirma que el señor UBER ARLEY RESTREPO FERNANDEZ es el padre de un menor, lo cual se respalda con el registro civil de nacimiento, los medios de prueba presentados no logran demostrar que el condenado sea la única persona responsable del cuidado y de la manutención de su hijo.

Sea lo primero advertir que son institutos jurídicos diferentes la prisión domiciliaria y la sustitución de la ejecución de la pena de prisión. Como son fenómenos jurídicos diversos, cumplen funciones específicas en diferentes momentos de la actuación procesal.

Para la concesión de la prisión domiciliaria, al momento de la sentencia, se deben cumplir inexorablemente los requisitos, tanto objetivos como subjetivos, previstos en el artículo 38B del Código Penal.

Para la sustitución de la ejecución de la pena del artículo 461 de la Ley 906 de 2004 se miran con exclusividad las hipótesis relacionadas con la edad, la enfermedad grave, la gravidez y el estatus de madre o padre cabeza de familia —como concepto normativo—, todo ello surgido con posterioridad a la ejecutoria del fallo. Aspectos que podrán ser analizados por el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad. No obstante, es potestativo del juez de conocimiento, al momento del fallo, referirse al artículo 461 de la Ley 906 de 2004, por remisión del canon 314 *ib.* (modificado por el artículo 27 de la Ley 1142 de 2007), específicamente, a la causal de padre o madre cabeza de familia, siendo necesario verificar el cumplimiento de las exigencias que posibilitan acceder a ese beneficio.

Ahora, en lo que respecta a la figura jurídica de madre (o padre) cabeza de familia, regulada en la Ley 1232 de 2008, es definida como aquella persona que 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"*.

Según la Corte Suprema de Justicia, *"el concepto de padre cabeza de familia se rige por las mismas condiciones que se imponen al de madre cabeza de familia, **condición que sólo se deriva de la comprobación procesal de la asistencia integral de los hijos menores, y no de la asistencia económica y exclusiva como la que acá se alega (...)**"*<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> CSJ Sala de Casación Penal, Rad. 26851, sentencia del 28 de noviembre de 2007.

Ha de precisarse que el ser “*cabeza de familia*”, es una calidad que el ordenamiento jurídico reconoce a las personas privadas de la libertad, acorde con unas situaciones extremas de vivencia de los hijos menores de edad o incapaces, lo cual no se acredita en la foliatura.

Así las cosas, del acervo probatorio allegado no se puede concluir que resulta indispensable la presencia del condenado UBER ARLEY RESTREPO FERNÁNDEZ en su lugar de residencia, por la existencia de menores de edad o desvalidos.

Los medios de prueba presentados no logran demostrar que el condenado sea la única persona responsable del cuidado y la manutención de su hijo, pues cuenta con su progenitora, primera llamada a velar por su cuidado y protección; sin acreditarse o advertirse alguna circunstancia que les impida a ésta proveer las necesidades de protección y cuidado que demanda su hijo menor de edad.

Esta falta de evidencia hace que no se pueda establecer la condición de padre cabeza de familia, pues ambos requisitos, objetivos y subjetivos, deben cumplirse para que esta condición resulte válida.

Al respecto, fue enfática la Corte Constitucional en sentencia C-154 de marzo 7 de 2007 al sostener: “*Sobre este particular debe decirse que, en primer lugar, es requisito legalmente impuesto que el menor no cuente con otra figura paterna, es decir, que a quien debe imponerse la medida de aseguramiento sea la madre cabeza de familia o el padre que esté en dichas condiciones. La existencia de otra figura paterna reclama la obligación de cuidado por parte de quien no se ve afectado por la detención preventiva y elimina el factor de desprotección que haría operante la disposición*”.

Tampoco se demostró que el padre del procesado pertenezca a algún grupo de población vulnerable o que padezca de alguna afección física o mental, que permita entrever que su protección y cuidado depende exclusivamente de su hijo UBER

ARBEY. Igualmente, como se anotó, no se expuso circunstancia alguna como para colegir que el mencionado niño, hijo de UBER ARBEY, se encuentra en abandono y desprotección, lo cual implique la necesidad de sustituir la medida impuesta, menos aún, que no cuenten con ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.

Incluso, de la declaración rendida ante la Notaría Primera del Círculo de Yarumal, Antioquia, por el señor Irner Bermúdez Arboleda, padre de UBER ARLEY RESTREPO FERNÁNDEZ, no resulta posible concluir que esté a cargo o bajo la protección de su hijo; por el contrario, en esa declaración expresa que con ella pretende es que su hijo pueda laborar, siendo él su único empleador, estableciendo el lugar de trabajo. Por lo tanto, la condición alegada tampoco puede ser aceptada.

Adicionalmente, la Defensa pasó por alto argumentar en punto del desempeño personal, familiar, laboral y social que establece la Ley 750 de 2002 y que desarrolla de forma ilustrada la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SP1251-2020, radicado 55.614:

*"(...) para acceder a este derecho deben cumplirse varios requisitos. Antes de conceder el derecho el juez debe haber valorado: (a) el desempeño personal, es decir, su comportamiento como individuo, (b) el desempeño familiar, o sea, la forma como ha cumplido efectivamente sus deberes para con su familia y la manera como se relaciona con sus hijos, (c) el desempeño laboral, con el fin de apreciar su comportamiento pasado en una actividad lícita y (d) el desempeño social, para apreciar su proyección como miembro responsable dentro de la comunidad. Con base en el estudio de la manera como se comporta y actúa en estos diferentes ámbitos de la vida, el juez debe decidir si la persona que invoca el derecho de prisión domiciliaria no pone en peligro: (i) a la comunidad, (ii) a las personas a su cargo, (iii) a los hijos menores de edad y (iv) a los hijos con incapacidad mental permanente. 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."*

El análisis de los anteriores requisitos resulta importante y necesario no solo con el fin de evitar el riesgo para la sociedad, sino también en aras de garantizar la

protección de los niños y demás personas vulnerables que dependan del condenado, lo cual, como se anotó, no fue demostrado por el recurrente.

Debe recordarse que, para la concesión del sustituto, **debe demostrarse la necesidad de la presencia del sentenciado en su núcleo familiar**, por qué los menores o personas especialmente vulnerables dependen de él, no solamente en aspectos económicos, sino que también en cuanto a la salud, cuidado y protección.

En síntesis, emerge claro que ni su hijo menor de edad ni su señor padre se encuentran en una situación de abandono o desprotección.

En ese orden, no se cumplen los requisitos legales y jurisprudenciales para que proceda la sustitución de la ejecución de la pena de prisión intramural impuesta.

No se accederá entonces al pedimento de la abogada defensora, sin perjuicio que cuando se presente una novedad en la situación actual se puede impetrar la petición nuevamente ante el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad que deba vigilar la pena, pues esta decisión en particular cobra apenas ejecutoria formal y no material, es decir que es variable según avance el grado de conocimiento.

Bastan las anteriores razones para confirmar en su integridad el fallo recurrido.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, RESUELVE: CONFIRMAR** la sentencia condenatoria de primera instancia emitida por la Juez Segunda Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bello, Antioquia, el 16 de agosto de 2023, mediante la cual condenó a los señores UBER ARLEY RESTREPO FERNÁNDEZ y Juan Manuel Cardona Osorio, como coautores del delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN o PORTE DE ESTUPEFACIENTES en concurso heterogéneo con DESTINACIÓN ILÍCITA DE INMUEBLES (artículos 376 inciso 3°, 377 y 31 del C.P.), por el cual fueran acusados, al tiempo que les negó beneficios y subrogados penales. Se informa que la decisión queda notificada por estrados y

procede el recurso de casación, el cual deberá interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes (art. 91 de la Ley 1395 de 2010).

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA**  
**Magistrado Ponente**



**CLAUDIA PATRICIA VÁSQUEZ TOBÓN**  
**Magistrada**



**OSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ**  
**Magistrado**