

Proceso: 050016000206 **2023-06622**  
Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes  
Acusado: Dairo de Jesús Monsalve Giraldo  
Procedencia: Juzgado 24 Penal del Circuito de Medellín  
Objeto: Apelación de sentencia por preacuerdo  
Decisión: Confirma  
M. Ponente: Luis Enrique Restrepo Méndez  
Sentencia No: 009-2024



## **SALA DECIMOSEGUNDA DE DECISIÓN PENAL**

**Medellín, veintiuno (021) de junio de dos mil veinticuatro (2024)**

**Proyecto aprobado según acta Nro. 078**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensora contractual de **Dairo de Jesús Monsalve Giraldo**, en contra de la sentencia proferida el 11 de diciembre de 2023 por el Juzgado 24 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de esta ciudad, a través de la cual lo declaró, penalmente responsable del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en virtud de un preacuerdo.

### **1. HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES**

Fueron narrados por la *a quo* así:

*“El día 13 de marzo de 2023 sobre las 18:36 horas, en procedimiento policial es capturado el señor DAIRO DE JESUS MONSALVE GIRALDO, cuando por información aportada por fuente humana indica tener conocimiento sobre una persona que va a transportar una sustancia estupefaciente el 13*

*de marzo de 2023, persona que saldría a pie desde la calle 53B N. 85E-22 urbanización Calasanz 3 barrio Calasanz de Medellín trasladando dicha sustancia a otro lugar. Motivo por el que sobre las 17:10 horas se encontraban pasando por la calle 53B en frente de la nomenclatura 85E-22 cuando observan que sale del conjunto residencial una persona de sexo masculino quien llevaba a su espalda un bolso de lona color gris, rojo y negro marca Totto, por lo que le solicitan un registro, verifican el contenido del bolso hallando en su interior 02 paquetes envueltos en papel vinipel transparente a su vez en bolsa plástica color negro en su interior una sustancia rocosa color beige con características similares a la cocaína y sus derivados. Motivo por el cual es capturado el señor DAIRO DE JESUS MONSALVE GIRALDO y dejado a disposición ante autoridad competente con los elementos incautados.*

*Sobre los elementos incautados se practicó por los técnicos prueba preliminar de campo que arrojó como resultado una identificación positiva para COCAINA Y SUS DERIVADOS en un peso Neto de 957 gramos”(sic).*

Entre los días 14 y 15 de marzo de 2023 ante el Juzgado 25 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín se llevaron a cabo las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, art. 376 inciso 3° del C.P. No hubo allanamiento a cargos y tampoco imposición de medida de aseguramiento.

El 14 de mayo de 2023, la Fiscalía General de la Nación, representada por la Fiscal 190 Seccional radicó ante el Centro de Servicios Judiciales de Medellín, el escrito de acusación mismo que le correspondió por reparto al Juzgado 24 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de esta ciudad.

El 19 de octubre de 2023 cuando se iba a dar inicio a la audiencia de formulación oral de los cargos, la fiscalía mutó el objeto de la diligencia y anunció que se había llegado a un preacuerdo con el procesado y su defensora, el cual consistía en que, a cambio de aceptar el cargo como autor del delito de tráfico, fabricación o porte de

estupefacientes, se le degradaba su participación de autor a cómplice, sólo para efectos de punibilidad, fijándose la pena en 48 meses de prisión y multa de 62 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La *a quo* aprobó el preacuerdo, dio paso a la audiencia de que trata el artículo 447 del C. de P.P., y profirió la decisión objeto de alzada.

## **2. LA SENTENCIA OBJETO DE RECURSO**

Para los efectos del recurso interpuesto, la falladora de primera instancia indicó que no era posible la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena ni la prisión domiciliaria porque existe prohibición legal fijada por el legislador en el art. 68A del C.P.

Frente a la solicitud de la defensa de que le fuera concedida la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia, señaló que tampoco era procedente porque no se habían satisfecho los requisitos legales fijados en la Ley 750 de 2002 y en la jurisprudencia<sup>1</sup>, pues del informe pericial allegado por la defensa y suscrito por el psicólogo Camilo Andrés Betancourt Restrepo se puede inferir que en efecto, el sentenciado es el padre de los menores K.D. y M. M.T., de 12 y 5 años de edad, empero, no se acreditó la carencia de otros familiares que puedan brindar su apoyo y cuidado.

Resaltó que Dairo de Jesús Monsalve cuenta con un grupo familiar conformado por su hermana y sobrinas, quienes se han hecho cargo de los menores cuando éste trabaja, también se acreditó la existencia de la madre de sus hijos, quien a pesar de residir en otro municipio tiene el deber de solidaridad y la obligación legal de cuidarlos, protegerlos y ayudar con su manutención; por tanto, continuó, no se probó en este caso la total desprotección de los menores, por el contrario, quedó demostrado que cuentan con una red de apoyo familiar.

---

<sup>1</sup> Sentencias C-84 de 2003 y C-154 de 2007

Advirtió que al no quedar demostrada esa condición de padre cabeza de familia, **Dairo de Jesús Monsalve Giraldo** deberá cumplir con la pena impuesta en un centro de reclusión que para tales efectos designe el INPEC.

La decisión fue apelada por la defensa.

### **3. DEL RECURSO**

La defensora mostró inconformidad con la decisión de la juez de instancia en punto a la negativa de la sustitución de la prisión domiciliaria por la calidad de padre cabeza de familia de su representado por las siguientes razones:

Inicialmente destacó que la a quo luego de analizar los elementos materiales allegados y entre los cuales incluyó el informe pericial en psicología forense, predicó la existencia de una familia extensa que puede mantener el cuidado de los menores de edad, opinión de la que se aparta pues en el caso particular del acusado se evidencia, por el contrario, la dependencia afectiva, económica y social de sus menores hijos, ya que fueron éstos quienes manifestaron vivir con su padre, dependiendo absolutamente de él, tanto en relación a su manutención económica como a vínculos de afectividad.

Señaló que, si bien los menores tienen vínculo con su progenitora, ésta reside en el municipio de Tarazá, Antioquia, con sus padres y su hija recién nacida, por tanto, no tienen una condición de vida que en la actualidad les permita un desarrollo adecuado en los diversos entornos de crecimiento.

Frente a la familia paterna agregó que, en efecto, en algunas oportunidades se han hecho cargo de los niños de manera temporal e intermitente, sobre todo cuando su padre labora por fuera de la ciudad, empero la madre del procesado es adulta mayor y su hermana no tiene las capacidades económicas ni el nivel de vida que se requiere para garantizar la manutención de dos menores de edad, de ahí que los intereses de los hijos de su representado se verían seriamente afectados en punto a sus condiciones y calidad de vida a pesar de esos vínculos de solidaridad que deben existir entre los familiares.

A continuación, hizo alusión a la Declaración Universal de los Derechos del Niño, algunas normas de rango constitucional y al Código de Infancia y Adolescencia para finalmente insistir en que, es precisamente por la imposibilidad que tienen la madre de los menores y los familiares de su representado para proveer los medios que les permitan a los niños un desarrollo físico, mental, moral, espiritual y social, que solicita el reconocimiento de la condición de padre cabeza de familia de Dairo de Jesús y como consecuencia de ello, se le conceda la prisión domiciliaria.

No hubo pronunciamiento de los sujetos procesales no recurrentes.

#### **4. CONSIDERACIONES**

4.1 Esta Sala posee la competencia para abordar el estudio de la decisión proferida por la *a quo*, en virtud del factor funcional determinante de la misma, consagrado legalmente en el artículo 34 numeral 1 de la Ley 906 de 2004.

4.2 Ha de recordar la Sala el carácter restringido que ostenta la competencia del *ad quem*, que lo obliga a circunscribir su análisis única y exclusivamente al tema propuesto por el recurrente, con mayor razón cuando nos enfrentamos a un fallo de condena producto de una forma de terminación anticipada del proceso, circunstancia que restringe el alcance del interés para recurrir y, por contera, en mayor grado, la competencia de esta Corporación.

4.3 El problema jurídico que plantea la recurrente, se contrae a determinar si se equivocó la juez de primera instancia al no concederle a Dairo de Jesús Monsalve Giraldo la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia.

4.4 Pues bien, el numeral 5° del artículo 314 del Código de Procedimiento Penal establece:

*Artículo 314. [Modificado por el artículo 27 de la Ley 1142 de 2007]. Sustitución de la detención preventiva. La detención preventiva en establecimiento carcelario podrá sustituirse por la del lugar de la residencia en los siguientes eventos:*

*5. Cuando la imputada o acusada fuere madre cabeza de familia de hijo menor o*

*que sufriende incapacidad permanente, siempre y cuando haya estado bajo su cuidado. En ausencia de ella, el padre que haga sus veces tendrá el mismo beneficio.*

En igual sentido el artículo 2° de la ley 82 de 1993, modificado por la ley 1232 del 2008, señaló

*“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, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar”.*

Ahora bien, la sustitución de la pena de prisión en centro carcelario por el domicilio, bajo la figura de madre o padre cabeza de familia, busca proteger el interés superior del niño, lo que origina una tensión entre este precepto y la potestad sancionatoria del Estado para asegurar una convivencia pacífica. En ese sentido, la Ley 750 de 2002, reglamentó en su art. 1° 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.*

*(...)”*

De acuerdo con lo anterior, para que se establezca la figura de madre o padre cabeza de familia se deben tener en cuenta: 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 exclusivo y permanente por ausencia absoluta de la pareja o de incumplimiento total de las obligaciones por parte de ésta, por propia voluntad o por circunstancias de fuerza mayor y iii) que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre o del padre para sostener el hogar.

Finalmente, quien pida el beneficio de la prisión domiciliaria tiene la carga probatoria de demostrar con toda certeza que tiene hijos menores de edad, o a otros menores o personas discapacitadas bajo su exclusivo cuidado por ausencia permanente de otros familiares que cumplan tales funciones.

4.6 En el *sub judice*, para sustentar probatoriamente la petición de prisión domiciliaria a favor de su asistido como padre cabeza de familia, la defensa, exhibió:

i) Oficio petitorio y documentos que acreditan al psicólogo Camilo Andrés Betancourt Restrepo como perito.

ii) Certificados de la Institución Educativa Federico Sierra Arango donde se indica que los menores K.D y M.M.T., están matriculados en los grados sexto y transición.

iii) Tarjeta de identidad del menor K.D.M.T., y registro civil de su hermano M.M.T.

iv) Cédula de ciudadanía del procesado y acta de conciliación No. 810 del 28 de abril de 2023 del centro de Conciliación Federico Estrada Vélez de la Universidad de Medellín en la que los padres de los menores K.D y M.M.T llegan a un acuerdo para que Dairo de Jesús Monsalve Giraldo, tenga de manera provisional, la custodia y cuidado personal de sus hijos dada la carencia de recursos económicos de su madre María Elisenia Tuberquia.

v) Consentimiento informado otorgado por el acusado al psicólogo Camilo Andrés Betancourt Restrepo para que realice procedimiento de evaluación psicológica.

vi) Informe pericial de evaluación psicológica y visita domiciliaria realizada al acusado y sus hijos K.D y M.M.T., y

vii) Formato de arraigo del acusado.

4.7 Revisada la documentación para la Sala es claro que, si bien es cierto, todas apuntan a que, en efecto, **Dairo de Jesús Monsalve Giraldo** es padre de familia y vela por el sostenimiento de sus hijos menores, también lo es que tales supuestos de hecho no alcanzan a abarcar la totalidad de las exigencias establecidas en la norma invocada, la

cual incorpora para su procedencia la acreditación de la falta de asistencia sustancial de ayuda por parte del núcleo familiar, tal y como lo adujo la funcionaria de primer grado.

De los mismos elementos allegados al proceso se desprende que los menores cuentan con su progenitora María Elisenia Tuberquia, quien reside actualmente en el municipio de Tarazá, Antioquia con sus padres y su pequeña hija, circunstancia que en nada le impide tener bajo su cuidado y protección a sus hijos mayores. También existe familia paterna compuesta por su tía Reina de Jesús Monsalve y sus primas Jackeline y Yenny quienes, les han brindado apoyo y cuidado cuando su padre ha estado ausente. Por tanto, no puede hablarse en este caso de un total abandono y desprotección de los niños K.D y M.M.T, pues existen varios miembros de su familia, como madre, abuelos, tía y primas, de quienes en manera alguna se tiene reporte de alguna limitación que les impida proporcionarles no solo ayuda económica, sino también, cuidado, protección y apoyo emocional, máxime cuando son éstos en virtud del deber de solidaridad familiar, a quienes les compete acudir y estar presentes ante la ausencia de su padre.

Así las cosas, ante la falta de elementos que demuestren la calidad de padre cabeza de familia, resulta acertada la conclusión a la que arribó la Juez de instancia luego de cotejar la documentación aportada por la defensa, ya que dicha condición requiere de la ausencia de otros miembros del núcleo familiar que puedan proveer el cuidado y protección personal de los menores, situación que en el presente asunto no se demostró, pues se insiste no hay carencia absoluta o incapacidad permanente de su madre o de otros familiares que puedan reemplazarlo.

Finalmente, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que: *“(…) respecto a la prevalencia del interés superior del menor, es importante recordar que su observancia no releva al juez de verificar el cumplimiento de los requisitos consagrados por el legislador en relación con el sustituto de la prisión domiciliaria por la condición de padre cabeza de familia, en tanto, no existen derechos absolutos”*<sup>2</sup>.

En ese sentido, la Sala no advierte acreditada alguna situación de riesgo que ponga en peligro la integridad de los menores, pues como se dijo, es al círculo familiar cercano a

---

<sup>2</sup> CSJ. SP3738-2021 del 25 de agosto de 2021, radicado 57905

quienes les asiste el deber de prodigarles las condiciones necesarias para el desarrollo social, personal y familiar que requieren, sin que sea posible en este caso, hablar de abandono o desprotección, aspecto suficiente para confirmar la sentencia objeto de alzada.

Sin perjuicio de lo anterior, esta determinación no impide que, en la fase de ejecución de penas y medidas de seguridad, se eleve nuevamente esta solicitud, debiéndola acompañar con las pruebas suficientes que permitan al juez determinar la existencia de la condición de padre cabeza de familia, pues en el *sub judice* la apelante no demostró que hubiese ausencia absoluta de otros familiares que puedan reemplazar a su representado.

Por lo anterior **la Sala Decimosegunda de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **CONFIRMA** el fallo de fecha, sentido y origen precisados en esta decisión.

Esta providencia queda notificada en estrados y contra la misma solo procede el recurso extraordinario de casación. Una vez ejecutoriada, regrese la carpeta al juzgado de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ**  
**MAGISTRADO**

**GABRIEL FERNANDO ROLDÁN RESTREPO**  
**MAGISTRADO**

**JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE**  
**MAGISTRADO**

Firmado Por:

**Luis Enrique Restrepo Méndez**  
**Magistrado**  
**Sala Penal**  
**Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

**Gabriel Fernando Roldan Restrepo**  
**Magistrado**  
**Sala Penal**  
**Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

**Jose Ignacio Sanchez Calle**  
**Magistrado Tribunal O Consejo Seccional**  
**Sala 014 Penal**  
**Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **271c81f73ef2c8fc99b35f556c131de0fe5a547b1063e6f98c72f2221101650d**

Documento generado en 24/06/2024 09:34:21 a. m.

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**  
**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**