M. PONENTE	**: LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ**
ACTA DE APROBACIÓN	**: 07 de 2017**
RADICADO	**: 05001 60 00 000 2016 0120**
CLASE DE ACTUACIÓN	**: APELACIÓN**
TIPO DE PROVIDENCIA	**: SENTENCIA CONDENATORIA**
FECHA	**: 02 DE FEBRERO DE 2017**
DECISIÓN	**: CONFIRMA CONDENA**
DELITOS	**: TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES**

PROVIDENCIA

PROCESO:	05-001-60-00-000-2016-00120
DELITO:	Trafico, fabricación o porte de estupefacientes
CONDENADO:	María Eugenia Buitrago Giraldo y otros
PROCEDENCIA:	Juzgado 3º Penal del Circuito de Medellín
OBJETO:	Apelación de sentencia por allanamiento.
DECISIÓN:	Confirma
M. PONENTE:	Luis Enrique Restrepo Méndez

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR
Medellin

SALA DE DECISION PENAL

Medellín, dos (02) de febrero de mil diecisiete (2017).

Proyecto Aprobado por Acta Nro. 07

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor de María Eugenia Buitrago Giraldo en contra de la sentencia proferida el 20 de octubre del año anterior por el Juzgado 3º Penal del Circuito de Medellín, a través de la cual se le halló penalmente responsable como autora del punible de Trafico, fabricación o porte de estupefacientes.

I. HECHOS

En virtud de la diligencia de allanamiento y registro realizada en el inmueble ubicado en la carrera 65 A nro. 25 – 65 interior 212, barrio Trinidad de esta ciudad, se dio captura en situación de flagrancia a la señora María Eugenia Buitrago Giraldo, al encontrársele en su residencia gran cantidad de sustancia estupefaciente, material que era conservado en dicha vivienda con fines de expendio.

La Fiscalía, una vez estableció la posible autoría de la conducta investigada en cabeza de la señora María Eugenia Buitrago Giraldo, solicitó ante el Juzgado 28 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías las audiencias de legalización de allanamiento y captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, deduciéndole cargos por el punible de Trafico, fabricación o porte de estupefacientes, delito al cual se allanó la señora Buitrago Giraldo.

Por lo anterior, se enviaron las diligencias a la oficina de apoyo judicial de la ciudad que asignó su conocimiento al Juzgado 3º Penal del Circuito, Despacho que una vez constató la legalidad del allanamiento emitió la sentencia el pasado 20 de octubre de 2016, imponiendo penas de 50 meses de prisión, multa por valor de 813,74 smlmv e inhabilitándola para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso igual al de la pena de prisión. Así mismo le negó el subrogado de que trata el artículo 63 del C.P.

En relación con la condición de madre cabeza de familia deprecada por la procesada para acceder a la prisión domiciliaria, el Juzgado negó la solicitud argumentando que

conforme la ley 750 de 2002, no es posible conceder este beneficio a personas que registren antecedentes penales, requisito que no cumple la señora Buitrago, como quiera que le figura una sentencia condenatoria emitida el 23 de marzo de 2011 por similar delito al que aquí nos ocupa.

La sentencia fue apelada por la defensa de la señora María Eugenia Buitrago Giraldo.

II: DE LA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

El apelante dirigió su censura contra la negativa del juez de conceder la prisión domiciliaria, asegurando que en este caso no podía tenerse en cuenta el antecedente penal que le figura a la procesada, pues se trata de hechos sucedidos en el año 2011, es decir que no fueron cometidos dentro de los cinco años anteriores al evento que hoy nos ocupa.

Resalta el defensor igualmente, que el punible por el cual se procede no está excluido del beneficio solicitado, de conformidad con lo establecido en la ley 750 de 2002.

Por otro lado asegura que en la sistemática del nuevo código procesal penal, la detención domiciliaria responde a unos fines específicos, que no son otros que aquellos señalados en el artículo 314 de la mencionada normatividad, distintos a los fines de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado, que se activan al momento de la imposición de la pena de prisión.

III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

1. Esta Sala posee la competencia para abordar el estudio de la decisión proferida por el *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.

2. Ha de recordar la Magistratura 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 se enfrenta a una fallo de condena producto de una forma de terminación anticipada del proceso, circunstancia que restringe el alcance del interés para recurrir y, por contera, los motivos de discusión en segunda instancia.

3. El problema jurídico propuesto por el recurrente tiene que ver con determinar si resulta procedente conceder la prisión domiciliaria a su representada, en atención a su posible condición de madre cabeza de familia, de conformidad con la ley 750 de 2002.

3.1 El *a quo* afirma la existencia de una sentencia condenatoria en contra de la señora Buitrago Giraldo, emitida el 23 de marzo de 2011 por similar delito, lo cual, en su concepto, genera un obstáculo para la concesión del beneficio.

3.2 El recurrente, por su parte, afirma que la intelección correcta de la norma lleva a concluir que el hecho que genera el antecedente penal debe haber sido cometido dentro de los cinco años anteriores al nuevo evento, situación que no se presenta en este caso.

4. Pues bien, lo primero que tiene para decir la Sala, es que razón le asistió a la juez al resaltar que la Ley 750 de 2002, en su artículo primero, señala que dicha normatividad no podrá ser aplicada, entre otros, a personas que registren antecedentes penales, sin que para ello el legislador hubiere establecido un periodo determinado con anterioridad a la comisión de una nueva conducta punible. Veamos:

> "**Artículo 1….**
>
> 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."

Se estableció en la investigación, que la señora María Eugenia Buitrago Giraldo tiene en su haber un antecedente penal que data del año 2011, por idéntica conducta a la que aquí se ventila, situación que desdice de su desempeño familiar y social, pues aunado a ello, se tiene que en esta ocasión dicha ciudadana utilizaba su propia residencia para realizar la actividad delictiva.

5. Aunque la anterior situación bastaría para negar de plano el beneficio solicitado, quiere la Sala resaltar que en este caso la defensa ni siquiera demostró la real condición de madre cabeza de familia que depreca la procesada.

5.2. Así, se tiene que en sede de audiencia de individualización de la pena, la defensa justificó su petición bajo el simple argumento de que la acusada respondía económicamente por sus hijos Juan David Moreno Buitrago, Cristian Camilo Botero Buitrago y Jhon Alexander Moreno Buitrago, y por una sobrina de aquella, de nombre Luisa María Cardona Rodríguez, personas de la cuales aportó registros civiles de nacimiento.

5.3. Al efecto, la ley 1232 de 2008 define a la madre (o padre) cabeza de familia como aquélla persona que siendo soltera a 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**".

Conforme lo ha dicho 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*** (…)"[1].

5.4 Sin dificultad se advierte a partir de la normatividad aludida que no se puede afirmar que la señora Buitrago Giraldo efectivamente ostente la condición de madre cabeza de familia, teniendo en cuenta que de conformidad con la documentación aportada, sus tres hijos, los señores Juan David Moreno Buitrago, Cristian Camilo Botero Buitrago y Jhon Alexander Moreno Buitrago, son personas mayores de edad, y no hay constancia que acredite en ellos algún tipo de incapacidad para trabajar.

5.5. Para el caso de la niña Luisa María Cardona Rodríguez, sobrina de la señora María Eugenia Buitrago, de siete años de edad, se debe tener en cuenta que ninguna argumentación hizo la defensa frente a la deficiencia sustancial de ayuda de otros miembros de la familia que pudieran hacerse cargo de la infante, limitando su parco discurso a afirmar que la niña dependía económicamente de la procesada, situación que, como se vio en el fragmento de la Corte atrás trascrito, no deriva de manera automática en la acreditación de una condición de madre cabeza de familia.

5.6. Se concluye entonces que no se demostró en la actuación que la señora María Eugenia Buitrago Giraldo fuera '*madre cabeza de familia'*, lo que es distinto de progenitor o jefe de hogar, ya que, se itera, sus tres hijos son mayores de edad con plena capacidad, y en cuanto a la niña Luisa María Cardona Rodríguez, no se advierte la deficiencia sustancial de otros familiares que también pueden ponerse a su cuidado, a quienes puede exigírsele su ayuda conforme lo previsto en el artículo 411 del C.P.C y en ejercicio del deber de solidaridad, procurando las atenciones que la infante pueda requerir.

[1] CSJ Sala de Casación Penal, Rad. 26851, sentencia del 28 de noviembre de 2007.

Se insiste en que a pesar de que la menor pueda requerir la ayuda económica y afectiva de parte de la acusada, no se advierte que aquella se encuentre sumida en un completo estado de abandono a raíz de la reclusión de su tía en un establecimiento carcelario, pues fue una circunstancia que la defensa debió demostrar en la actuación, y no lo hizo.

Por lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la ley, **CONFIRMA** la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Medellín, en contra de la señora María Eugenia Buitrago Giraldo, por el punible de Trafico, fabricación o porte de estupefacientes.

Esta decisión se notifica en estrados y contra ella procede el recurso de casación.

LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
MAGISTRADO

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
MAGISTRADO

NELSON SARAY BOTERO
MAGISTRADO