



## **DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN**

### **SALA PENAL DE DECISIÓN**

Medellín, jueves, diez de marzo de dos mil veintidós

Aprobado mediante acta número 0020 del veinticinco de febrero  
de dos mil veintidós

**Magistrado Ponente**  
**Ricardo De La Pava Marulanda**

Por apelación interpuesta y sustentada por el defensor, conoce esta Corporación en segunda instancia el fallo proferido el 10 de agosto de 2020 por la Juez Diecinueve Penal del Circuito de Medellín, mediante el cual condenó anticipadamente a la señora YENIFER MIRANDA CARTAGENA a la pena principal de treinta y seis (36) meses de prisión y multa equivalente a un (01) salario mínimo legal mensual vigente, así como a la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena principal privativa de la libertad, por hallarla responsable de la autoría del delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES en la modalidad de LLEVAR CONSIGO.

## **1. ANTECEDENTES**

Los hechos que dieron origen a la presente investigación fueron sintetizados así en el escrito de acusación:

*"El día 12 de diciembre de 2019, sobre las 15:30 horas aproximadamente, en vía pública, en la carrera 51 con calle 51, zona centro de Medellín, el señor (sic) YENIFER MIRANDA CARTAGENA llevaba consigo sustancia estupefaciente cocaína, con un peso neto de 80,5 gramos, dosificada en dos bolsas con la sustancia*

En diligencias preliminares realizadas el 13 de diciembre de 2019 ante el Juez Treinta Penal Municipal con funciones de control de garantías de Medellín, luego de declararse la legalidad del procedimiento de captura, el Fiscal 194 Seccional le formuló imputación a la señora YENIFER MIRANDA CARTAGENA por la autoría del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (artículo 376, inciso 2º, del código penal), cargo que no fue aceptado por la imputada. En la misma audiencia el representante de la Fiscalía declinó de la medida de aseguramiento, por lo que la implicada fue dejada en libertad.

El escrito de acusación fue radicado el 22 de enero de 2020 y la formulación oral se llevó a cabo el 13 de enero de 2021 ante el Juzgado Diecinueve Penal del Circuito de Medellín. La audiencia preparatoria se instaló el 03 de junio siguiente y al inicio de la misma la delegada del ente acusador informó que había llegado a un preacuerdo con la procesada consistente en que la

señora YENIFER MIRANDA CARTAGENA acepta la comisión de la conducta punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y en contraprestación la Fiscalía le degrada su participación de autora a cómplice, fijando la pena en treinta y seis (36) meses de prisión y multa equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente, negociación que fue avalada por la a quo, previa verificación de que la implicada obró de manera libre, consciente, voluntaria y plenamente asesorada por su defensor.

En diligencia celebrada el 10 de agosto último se corrió el traslado a las partes del que trata el artículo 447 de la Ley 906 de 2004 y se dio lectura al fallo que es objeto de impugnación en lo referente a la negativa de la prisión domiciliaria como madre cabeza de hogar.

## **2. LA SENTENCIA IMPUGNADA**

En punto de la controversia, la sentenciadora de primera instancia argumentó el fracaso de la solicitud deprecada por el defensor indicando que si bien se demostró sumariamente que la señora YENIFER MIRANDA CARTAGENA es madre de dos menores de edad y que denunció a su compañero permanente por el delito de violencia intrafamiliar por hechos ocurridos el 24 de julio de 2020, lo cierto es que de cara a la ponderación entre el derecho que se invoca a la prisión domiciliaria y el peligro a la comunidad, incluso de las personas menores a su cargo, no resulta positivo para la condenada pues el comportamiento delictivo en el que se vio involucrada es grave, además ya tenía una niña de 3 años y estaba embarazada de su segundo hijo y aun así decidió llevar consigo

sustancias estupefacientes y al parecer un celular hurtado, por el cual se estaba exigiendo dinero, eventualidades que no ofrecen buen pronóstico frente al riesgo a la comunidad, máxime cuando tampoco hay claridad en punto de la deficiencia sustancial de los demás miembros de la familia para cuidar de los infantes.

Luego de hacer un recuento de todos los medios de conocimiento aportados por la defensa y de varias citas jurisprudenciales en las que se estudia el tema objeto de estudio (radicaciones N° 53863 y 54587, ambas de 2019, así como la C-154 de 2007), la a quo advirtió que de acuerdo con el informe de captura de fecha 12 de diciembre de 2019, la señora MIRANDA CARTAGENA cuando tenía 29 semanas de embarazo llevaba en la pretina del pantalón 80,5 gramos de cocaína con destino a terceras personas, y que las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la captura están siendo investigadas por la Fiscalía por compulsas de copias toda vez que reposa denuncia de la señora SANDRA MILENA CANO PÉREZ sobre hechos acaecidos ese mismo día en los que se vio involucrada la procesada y su esposo sobre una posible receptación de un celular hurtado el día anterior -11 de diciembre de 2019- a una menor de edad, y por el cual se estaba haciendo una exigencia dineraria de \$500.000 para su devolución, y fue en virtud de ello que se le hizo un registro personal en el que se le halló la sustancia estupefaciente, un celular hurtado que le fue entregado a la denunciante y \$2.862.000 en efectivo.

Señaló asimismo que los documentos aportados dan cuenta de una seria contradicción entre el informe de la psicóloga de la defensa, doctora GINETH MARCELA VALENCIA, y sus

anexos, pues mientras la profesional concluye que no hay familia extensa que pueda cuidar de los menores de edad mientras la procesada cumple la pena impuesta, la evidencia muestra que el señor NELSON HENAO es al parecer el abuelo paterno de los menores de edad, que la señora YULIMAR HERRERA es esposa de un tío, y que además la condenada el día en que fue víctima de violencia intrafamiliar por parte de su compañero permanente se refugió en la casa de su tía YENELDA LID FRANCO y de su primo EMERSON CEBALLOS FRANCO, quienes viven cerca de su residencia toda vez que la peticionaria reside en la carrera 97, N° 70 D 50 interior 602, y sus familiares en el interior 904 de la misma dirección ubicada en el barrio Robledo de Medellín.

Concluyó la falladora de primera instancia que al realizar el test de proporcionalidad y razonabilidad entre los bienes jurídicos que se ven enfrentados en este asunto, esto es, la petición de la señora MIRANDA CARTAGENA en nombre de sus dos hijos menores de edad y la seguridad pública, la pretensión de la sentenciada se encuentra en desventaja por cuanto prima el interés general sobre el interés particular y, adicionalmente, la prisión domiciliaria que solicita no garantiza que en el futuro se abstenga de realizar conductas tan reprochables como la ahora reprochada.

En ese sentido, la juez negó la solicitud de prisión domiciliaria bajo la calidad de madre cabeza de hogar, sin embargo, para garantizar los derechos de los menores E.J.H.M. y J.A.H.M, ofició al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que realice una visita domiciliaria y constate las circunstancias de vida de los hijos de la procesada YENIFER MIRANDA CARTAGENA y, si es del

caso, se proceda con el trámite administrativo de restablecimiento de derechos que corresponda.

### **3. LOS MOTIVOS DEL DISENSO.**

La defensa técnica de la señora YENIFER MIRANDA CARTAGENA comenzó transcribiendo textualmente los razonamientos planteados en el escrito que presentó en la audiencia de individualización de pena y sentencia y los argumentos de la a quo para negar el subrogado petitionado, para luego exteriorizar su inconformidad refiriéndose a cinco puntos concretos:

(i) No se ha comprobado, ni tampoco existe una investigación formal, respecto a lo mencionado por la a quo sobre la presunta participación de su poderdante en una receptación de un celular y la exigencia de dinero para la devolución del elemento, por lo que no se puede señalar a una persona sin tener claridad de la acción, destacando que el teléfono móvil fue entregado a la joven SANDRA MILENA CANO y que los hechos imputados por la Fiscalía versan exclusivamente con el tráfico, fabricación o porte de estupefaciente.

(ii) Lo que manifestó la psicóloga en su informe es verdad, la imputada no tiene una familia extensa, y la juzgadora vuelve y lanza afirmaciones sin tener certeza pues el señor NELSON HENAO no es abuelo paterno de los hijos de la procesada, pues el hecho de que éste tenga el mismo apellido del esposo de la señora YENIFER no lo hace familiar ni pariente con algún grado de

consanguinidad, pues muchas personas tienen apellidos iguales sin tener parentesco alguno, circunstancia que es la que ocurre en este caso en el que la juez asevera algo falso sin tener pruebas de lo manifestado.

(iii) La finalidad con la que se aportó el escrito de acusación por la conducta delictiva de violencia intrafamiliar de la que fue víctima su prohijsada, fue demostrar que a raíz de dichos hechos el señor se fue del hogar, no se sabe de su paradero y no responde por la manutención de sus hijos, razón por la cual presentarán una demanda por inasistencia alimentaria. Y sobre la tía y el primo que puso la señora MIRANDA CARTAGENA como testigos del punible del que salió perjudicada, sostuvo el recurrente que esas dos personas son conocidas de aquella desde su infancia y por cariño les dice tía y primo, pero que como se puede ver no tienen los mismos apellidos pero que en este evento la a quo sí los da como familiares sin notar que no existe ningún parentesco cercano, son personas que no tienen ninguna obligación moral ni económica hacía la procesada.

(iv) Como se describe en el escrito de acusación por el delito de violencia intrafamiliar, el día de los hechos la señora YENIFER se encontraba en la casa de su padre, quien actualmente se encuentra en prisión como lo demostró con el documento que anexó, siendo este el único familiar que podría quedarse cargo de los dos menores de edad pero que no puede hacerlo, primero porque está privado de la libertad y, segundo, porque no es ejemplo para sus nietos.

(v) La procesada no es un peligro para la sociedad, pues aunque cometió el error de llevar consigo la sustancia psicoactiva, la judicatura no se preguntó qué fue lo que la obligó a equivocarse de esa manera, resaltando que aquella se encuentra muy arrepentida y que siempre acudió al llamado de la justicia las veces que fue requerida, que aceptó su culpa mediante un preacuerdo y una condena a treinta y seis meses de prisión pero no en un centro penitenciario sino en su casa para poder seguir al cuidado de sus hijos por cuanto solo ella es la que vela por sus descendientes. Que desde su domicilio trabaja en su salón de belleza, actividad con la cual puede brindarle a los menores todo lo necesario, y que no resulta humano separar a una madre de sus hijos por un simple error cometido por angustia y necesidad, u obligada hacerlo bajo amenazas de su pareja sentimental.

Con base en todo lo expuesto, depreca que se despache favorablemente su pretensión y se le otorgue a su poderdante el derecho a cumplir la pena impuesta en su domicilio en atención a que efectivamente en el sub judice se cumplen los requisitos legales y jurisprudenciales establecidos para tener como madre cabeza de hogar a la señora YENIFER MIRANDA CARTAGENA.

#### **4. CONSIDERACIONES**

Es competente esta Corporación para examinar, por vía de apelación, el fallo proferido por la Juez Diecinueve Penal del Circuito de Medellín, de conformidad con el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004. En razón de la limitación temática de la segunda instancia, sólo examinaremos el único punto del disenso y

es el relacionado con la negativa de la a quo de conceder la prisión domiciliaria como madre cabeza de familia a la sentenciada.

Frente a este tema tenemos que la lectura de la normativa que se ocupa de la materia permite observar que las exigencias para los padres y madres cabeza de familia comenzaron a cambiar con la expedición de la Ley 750 de 2002 dado que allí no se previó ni el límite punitivo ni la necesidad de establecer que el condenado pudiera evadir el cumplimiento de la pena, presupuestos que contemplaba el artículo 38 del texto penal. La Corte Constitucional explicó en la sentencia SU-184 de 2003 que esa menor exigencia resulta válida en cuanto está de por medio el núcleo familiar y los derechos de los niños que son prevalentes. En igual sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, al precisar que *“la posibilidad de acceder al mecanismo de la prisión domiciliaria por virtud de lo dispuesto en la Ley 750 de 2002, a partir de las disposiciones más benignas que regulan la materia, está supeditada, a que se demuestre dentro del proceso, que se tiene la condición de “cabeza de familia”*.<sup>1</sup>

Como se indicó, se trata de disposiciones que favorecen la preservación del núcleo familiar y el derecho prevalente de los niños y personas en situación de debilidad manifiesta. La protección integral de los derechos de los menores se concreta a través del principio de interés superior del niño consagrado en el artículo 44 de la Carta Política, que viene de normas internacionales como la Convención de los derechos del niño, la Declaración de Ginebra de 1924, la Declaración de los derechos del niño de 1959 y

---

<sup>1</sup> Corte Suprema de Justicia, sentencia 34784 del 23 de marzo de 2011. M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia inicialmente consideró suficiente para acceder a dicho beneficio, a partir de la interpretación sistemática de lo dispuesto en la Ley 750 de 2002 y en los artículos 314 y 461 de la Ley 906 de 2004, acreditar únicamente la condición de padre o madre cabeza de familia, al margen de los antecedentes del interesado y la naturaleza del delito objeto de condena<sup>2</sup>.

Sin embargo, con posterioridad la Alta Corporación recogió ese criterio con el cual prácticamente habían quedado tácitamente derogados los requisitos previstos en los incisos 2º y 3º del artículo 1 de la Ley 750 de 2002, para pasar a sostener que el otorgamiento de la figura en estudio sólo procede ante la satisfacción de todas las condiciones previstas en la Ley 750 de 2002, a saber: i) que el condenado, hombre o mujer, tenga la condición de padre o madre cabeza de familia; ii) que su desempeño personal, laboral, familiar y social permita inferir que no pondrá en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo; iii) que la condena no haya sido proferida por alguno de los delitos allí referidos y; iv) que la persona no tenga antecedentes penales<sup>3</sup>.

Además, la Corte Constitucional en el radicado C-388 de 2005 trazó pautas en este aspecto para la concesión del mecanismo sustitutivo cuando señaló que en esta materia el juez

---

<sup>2</sup> Corte Suprema de Justicia, sentencia 22453 del 26 de junio de 2008, entre otras.

<sup>3</sup> Corte Suprema de Justicia, sentencia 35943 del 22 de junio de 2011, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

debe ser muy riguroso en el cumplimiento de las exigencias legales, que expresamente señala para evitar que esa condición se constituya en una burla de la pena por quienes ven en la causal de sustitución una posibilidad de evadir la sanción.

Y en la sentencia de tutela STP3529-2016 del 15 de marzo de 2016, la Corte Suprema de Justicia resumió los requisitos para ser reconocida la calidad de cabeza de hogar, ello de conformidad con las providencias más relevantes que han sido proferidas por la Corte Constitucional al respecto. Específicamente dijo nuestra Corporación de cierre:

***"Lo esencial de la noción de padre cabeza de familia, no es que la mujer o el hombre, según fuere el caso, sea el único proveedor de los ingresos para el sostenimiento de su prole, sino que tenga el grupo familiar a su exclusivo cargo, esto es, que como consecuencia de la privación de la libertad y ante la ausencia de pareja o de otros miembros del núcleo familiar, los menores o incapaces que están bajo su cuidado, protección y manutención quedan sumidos en el desamparo o abandono<sup>4</sup>.***

***Entonces, quien aduzca esta calidad deberá acreditar que está a cargo del cuidado de los niños o de aquellos incapaces, que su presencia en el seno familiar es necesaria porque éstos dependen de él no solo económicamente sino en cuanto a su salud y cuidado, y es de su exclusiva responsabilidad el sostenimiento del hogar, por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del compañera o compañero permanente o deficiencia sustancial de los demás miembros del núcleo familiar, por tanto, la medida se***

---

<sup>4</sup> Ver en ese sentido sentencias de la Corte Constitucional T-925 de 2004, SU-389 de 2005 y T-039 de 2009, entre otras.

*hace necesaria para garantizar la protección de los derechos de los niños y aquellas personas inhábiles y no simplemente una excusa para evadir el cumplimiento de la pena en el sitio de reclusión.” (Negrilla fuera el texto original).*

Entonces, descendiendo al caso objeto de estudio tenemos que en efecto la defensa aportó algunos elementos por medio de los cuales se puede inferir que la señora YENIFER en la actualidad vive sola con sus dos hijos menores de edad por cuanto el compañero sentimental de aquella y padre de los infantes fue denunciado en julio de 2020 por violencia intrafamiliar, fecha desde la cual no se ha vuelto a hacer cargo de sus descendientes y se desconoce su ubicación. Y en el informe psicológico anexo se dejó consignado que adicional a la ausencia del padre de los infantes, no se cuenta tampoco con familia extensa que pueda brindarles los cuidados debidos por un tiempo prolongado dado a la ruptura de las relaciones familiares.

Sin embargo, tal y como lo señaló la sentenciadora de primera instancia, no se encuentra acreditada la deficiencia sustancial de los demás miembros de la familia para cuidar de los infantes en la forma como lo concluyó el informe psicológico, por el contrario, de los medios de convicción presentados como sustento de la intervención de la defensa en la audiencia regulada en el artículo 447 del código de procedimiento penal, se puede extraer con claridad meridiana que en efecto sí hay otros familiares de la procesada y de los menores que podrían cumplir con el deber de atención, cuidado y socorro que éstos demandan.

Al respecto, no observa esta Colegiatura que en la providencia impugnada se hayan realizado afirmaciones ligeras o sin ningún tipo de soporte, pues el argumento de que el señor NELSON HENAO es el abuelo paterno de los menores no resulta especulativo como lo expresa el censor, pues nótese que en la primera página del escrito de acusación presentado por la Fiscalía en contra del compañero permanente de la señora MIRANDA CARTAGENA por el delito de violencia intrafamiliar, elemento que fue aportado por la defensa, figura en los datos del procesado que el padre de éste se llama "*NELSON HENAO*", por lo que no solo se trata de una simple coincidencia en el apellido de dos personas sino que en un documento oficial quedó registrada la información sobre los ascendientes del padre de los menores.

Adicionalmente, una de las declaraciones extrajuicio que da cuenta de las calidades personales, sociales y familiares de la procesada -aportada por la defensa técnica- se encuentra suscrita por el señor NELSON ALBEIRO HENAO SALDARRIAGA en la Notaría Única de Segovia, Antioquia, lo que lleva a concluir que en efecto, el abuelo paterno de los infantes, tiene contacto con éstos y se encuentra enterado de la situación actual de sus descendientes ante el proceso penal adelantado en contra de la señora YENIFER MIRANDA CARTAGENA.

Y sobre el parentesco entre la condenada y las personas que presenciaron la agresión de la que fue víctima aquella por parte de su compañero permanente, tampoco resulta de recibo el planteamiento del recurrente según el cual solo son conocidos de antaño y por cariño la señora YENIFER les dice tía y primo, pues en

la declaración que rindió la señora YENELDA LID FRANCO CIFUENTES en la Fiscalía General de la Nación con ocasión de la denuncia penal por el delito de violencia intrafamiliar, la deponente, bajo la gravedad de juramento, indicó ser tía política de la agredida, pues es esposa de un tío de ésta, y en todo momento se refirió a la señora MIRANDA CARTAGENA como su “*sobrina*”.

Así las cosas, solo se cuenta con los dichos esgrimidos por la defensa en punto de que los menores actualmente no cuentan con ningún pariente que se puede hacer cargo de la protección, atenciones y asistencia que éstos requieren, afirmación que resulta disímil con la vertida en los elementos demostrativos aportados por el mismo defensor según los cuales, como ya se dijo, los menores tendrían parientes consanguíneos y por afinidad a los que les cabe el deber de solidaridad entre los integrantes de la familia.

Bajo este panorama, no se encuentra demostrado que en ausencia de la condenada los menores queden en total y completa desprotección, pues, se insiste, éstos cuentan con su abuelo paterno y también se conoce la existencia de una tía política de la señora YENIFER que vive en la misma propiedad horizontal en la que habitan los pequeños, sin que se haya acreditado alguna imposibilidad por parte de estas dos personas de socorrer a sus parientes ante la apremiante situación que se presenta con la futura privación de la libertad de la procesada.

Lo anterior desdibuja las exigencias que se requieren cumplir para acceder a la prisión domiciliaria, pues no

existe prueba de que los hijos de la condenada se encuentren en una situación de vulnerabilidad que requiera la intervención del Estado a través de la ponderación entre el interés superior de los menores y la satisfacción del orden justo.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que:

*"Sin embargo, si bien la regla en cuestión tiene un fin proteccionista y de respeto al interés superior del menor, tal finalidad no puede ser absoluta, pues su aplicación debe atender a las condiciones particulares de los menores de edad involucrados y a la existencia de una verdadera y manifiesta situación de indefensión que pueda poner en peligro su bienestar."<sup>5</sup>*

Y no es que se desconozca el valor probatorio de los documentos que presentó la defensa para reclamar el sustituto penal analizado en favor de su prohijada, sólo que el contexto nos muestra que carecen de la vocación legal para presentarla como madre cabeza de familia en los precisos términos de los preceptos citados en precedencia, además de que tampoco demuestran que la integridad de los menores se encuentre en peligro. La Colegiatura no desconoce los sentimientos de tristeza, desamparo y soledad que puedan llegar a presentar los infantes ante la detención de su progenitora, sin embargo, le corresponde al núcleo familiar que se encuentra presente acudir en procura de brindarle un mayor bienestar afectivo a los niños.

---

<sup>5</sup> Sentencia de tutela STP16760-2014, radicación 77028 del 02 de diciembre de 2014.

En conclusión, no se cumplen los presupuestos que consagra la Ley 750 de 2002 para acceder al sustituto penal de la prisión domiciliaria como madre cabeza de familia, pues en efecto los medios de conocimiento arrimados no son suficientes para que sea viable modificar en este específico punto la sentencia impugnada, razón por la cual se ratificará dicho proveído.

Lo anterior sin perjuicio de que ante el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad se pueda elevar nuevamente dicha petición en el evento de que la situación de los menores varíe, instancia donde también se pueden recolectar los medios de convicción necesarios en atención a las herramientas con las que específicamente cuenta dicha especialidad.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

## **FALLA**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de naturaleza y origen conocidos, en cuanto es materia de apelación.

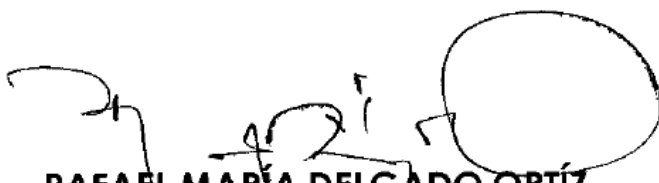
**SEGUNDO:** Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación en los términos del artículo 183 de la Ley 906 de 2004.

## **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**RICARDO DE LA PAVA MARULANDA**

Magistrado



**RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ**

Magistrado



**JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ**

Magistrado