



SALA PENAL

Magistrado Ponente

JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ

Anticipado: 2021-00996

Aprobado mediante acta 117

Medellín, agosto treinta (30) de dos mil veintidós (2022).

La Sala resuelve el recurso de apelación presentado por el defensor de **Diana Sofia Agudelo Giraldo** en contra de la sentencia condenatoria que en forma anticipada emitiera el Juez Segundo Penal del Circuito Especializado de Medellín, en la cual se le declaró penalmente responsable en calidad de autora de los delitos de concierto para delinquir agravado y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado, (arts. 340, inc. 2, 376, inc. 2, y 384, numeral 1, literal B, del Código Penal).

ANTECEDENTES

1. Los hechos.

En la sentencia de primera instancia fueron descritos de la siguiente manera:

De conformidad a lo narrado por la Fiscalía, se pudo establecer que en los sectores conocidos como plaza Camelo, carrera 78 con calles 23,24,25,26,26B, y 27-; plaza El Chispero, calle 21A con Cra78; Plaza Tres Bocas o la 74A y 75 con calle 26, callejón de la carrera 74 entre las nomenclaturas 24-24; 24-40; inmueble24-48 interior 0115; igualmente en los alrededores de la Institución educativa Yermo Parres -Sección Primaria y bachillerato-; la biblioteca pública de Belén; la parroquia Madre del Amor Divino; el Hospital General de Medellín; la Junta de acción comunal; el Centro Educativo Abejitas Laboriosas, del barrio Belén San Bernardo de la ciudad de Medellín, desde aproximadamente el año 2015 ha tenido injerencia un grupo delincuencia organizado denominado "EL AMARILLO", alineado al grupo delincuencia organizado "LA UNIÓN".

Dichas organizaciones vienen realizando actividades criminales con control territorial y se han dedicado especialmente al expendio de sustancias estupefacientes de manera menudeada tales como: cannabis, cocaína, creepy, bloom, apanado, exótico, puntico, carita, boom, entre otros, los cuales oscilan valores de \$5.000, \$3.000, \$7.000.

Por labores de investigación y agentes encubiertos, se logró identificar a los integrantes de la organización criminal y el rol o papel que desempeñaban al interior de esta. Es así como se conoció que una de las vendedoras y campaneras era Diana Sofía Agudelo Escobar, encargada de recibir también los dineros a sus compañeros producto de la actividad ilícita.

Se documentó la venta de estupefaciente que realizó a consumidores los días 17 junio (2 eventos), 23 de junio (3 eventos), 8 de julio (1 evento) y el 25 de agosto de 2020 (2 eventos), para un total de 8 eventos, realizándolo alrededor de las instituciones educativas antes mencionadas. (C01Preliminares/079EscritoAcusación/F. 35).

2. El acuerdo y su decisión.

El 24 de junio de 2021, instalada la audiencia de formulación de acusación, las partes presentaron un preacuerdo, se escucharon los términos y se suspendió para la verificación de los elementos. El acuerdo consistía en la aceptación de responsabilidad de la acusada y como contraprestación la degradación de su participación de autor a cómplice como ficción para atenuar la sanción, con una rebaja de la mitad de la pena, fijándose finalmente en noventa y cinco (95) meses de prisión y multa de mil trescientos cincuenta y ocho (1.358) smlmv, explicándose ese resultado de la siguiente manera:

*“Se parte del delito de mayor entidad, es decir, **tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado** (con una pena única de 108 meses de prisión y multa de 4 s.m.l.m.v.); a esto se le disminuye la rebaja reconocida quedando una pena de 54 meses de prisión y multa de 2 s.m.l.m.v. Con ocasión del concurso de conductas se suman 5 meses por cada evento de venta (7 eventos restantes) para un total de 35 meses y 6 meses más por el delito de **concierto para delinquir agravado**.”*

El acuerdo fue aprobado el 29 de octubre siguiente y la sentencia condenatoria proferida el 21 de febrero de este año, en la que se le condenó a la señora **Diana Sofía** a las penas acordadas y a igual término de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas como pena accesoria, y en lo que es objeto de impugnación se negaron los mecanismos sustitutivos del encarcelamiento.

En relación con este último aspecto, dos fueron los temas tenidos en cuenta para la negativa de la prisión domiciliaria: (i) la prohibición legal descrita en el artículo 68A del Código

Penal y, (ii) ante la solicitud del reconocimiento de la condición de madre cabeza de familia, la declaración de la falta de elementos, puesto que analizadas las evidencias, se verificó que los menores, hijos de la acusada, cuentan con sus respectivas figuras paternas, Sebastián Hernández Duque, padre de Nicolás, quien se encuentra en la obligación de brindar cuidado y protección a su hijo menor de edad, sin que se indicara los motivos que le impiden cumplir con dicha obligación, y Luis Armando Álvarez (condenado en razón a este proceso), padre de María Ángel, quien cuenta con una familia extensiva que desde antes de la detención ayudaban al cuidado de la menor como lo indicó la procesada en la audiencia de individualización de pena.

Se indicó que actualmente el cuidado de los menores lo tienen sus abuelos maternos en el municipio de Santa Bárbara (Ant.), y no obstante la defensa aportó copia de la historia clínica de Luz Elena Giraldo, madre de la acusada, afirmando que sus condiciones de salud no eran las indicadas para que continúe con el apoyo de sus nietos, nada se plasmó en los reportes de salud sobre enfermedades graves que no estén siendo tratadas y que reduzcan su capacidad. Las atenciones desde el 2017 hasta el 2021 han sido de control, y siempre ha asistido sola, pues su diagnóstico (diabetes mellitus insulino dependiente sin mención de complicaciones, obesidad, hipotiroidismo), no ha impedido que continúe con sus actividades normales, ni tampoco evidencian que requiera de una asistencia para desarrollar su vida, concluyéndose que ello no la imposibilita en su obligación solidaria para el cuidado de sus nietos.

Explicó que en el informe de visita domiciliaria realizado por la trabajadora social al hogar donde residen N. y M.A., se estableció la composición del hogar y se conoció los antecedentes y dinámica familiar, las condiciones habitacionales en un contexto interno y externo de la vivienda, las condiciones económicas según los empleos, ingresos y obligaciones, se identificaron factores de riesgo y de protección para finalmente arrojar un concepto social con aspectos adecuados en cuanto a las condiciones ambientales y habitacionales de los menores. Respecto a las relaciones entre los habitantes, se evidenció valores fundamentados en el afecto, respeto y unidad familiar, prevaleciendo el vínculo afectivo de manera amplia, fuerte y seguro por parte de los abuelos.

De otro lado, luego de relacionar la normatividad de la condición de madre cabeza de familia, concluyó que de la evidencia fotográfica recopilada, se observó a la acusada desarrollando actividades ilícitas en compañía de su hija menor de edad, relacionándose como *"el 18 de septiembre de 2020 a las 09:07 horas se ve como sosteniendo a su hija menor de edad en brazos fungía un rol de campanera, informándose por el agente encubierto que, al notar la presencia de personas extrañas, la antes mencionada se acercó a otro integrante de la organización de nombre Sebastián López y le expresó "si ve hermano yo le dije que estuviera pendiente por que desde las 7:30 había visto un man y una vieja muy raros, para mí que eran ley y ustedes allá dormidos."*

También se manifestó que *“el 23 de junio de 2020 siendo las 14:10 horas, agente encubierto tomó fotos de la acusada sentada en un callejón en la carrera 74, entre calles 24 y 25, fungiendo en esta oportunidad como expendedora, recibiendo compradores y a dos metros se encontraba sentado un hombre sosteniendo a la menor María Ángel”*; el 15 de julio de 2020, a las 18:10 en la parte externa del inmueble con nomenclatura 24-28, *“Diana Sofia Agudelo es de nuevo retratada con el coche de su bebe y al acercársele el agente encubierto, esta le vende una dosis de estupefaciente”*.

Explicó que pese a que con las certificaciones laborales e información remitida por las empresas, se podía concluir que la acusada laboró de manera lícita en la empresa Fábrica de Escolares y Oficina S.A.S., realizando oficios varios desde enero hasta diciembre de 2019, luego se desempeñó como vendedora en el centro de servicios tecnológicos Servimaxis desde 4 de junio de 2018 hasta el 4 de julio de 2020, ello no impidió que de forma alterna realizara sus actividades ilícitas en la organización delincriminal y continuara como vendedora de estupefacientes hasta su captura.

Así, haciéndose referencia a la sentencia T-534 de 2017 de la Corte Constitucional, se concluyó que la acusada no cumplía con los estándares legales ni las circunstancias fácticas para ser catalogada como madre cabeza de familia, ya que no se deduce la necesidad manifiesta de proteger los intereses superiores de sus hijos al no demostrarse la dependencia económica o imposibilidad para que otros familiares se hagan responsables, tal y como lo han venido realizando los abuelos

maternos, mientras que sí se demostró la exposición en la que estuvo la menor M.A. estando al cuidado de su madre.

Adujo que de los elementos fotográficos y videos, se pudo observar a la acusada en diferentes horarios desempeñando su rol de campanera y vendedora como ella misma aceptó, entre la carrera 74 con calle 24 durante el periodo comprendido entre julio y octubre de 2020, y no siempre se le veía con sus hijos, dejando claro que existe esa familia extensa que puede velar y apoyar su cuidado. No basta con alegar por medio de declaraciones que la procesada es la única persona que cuidaba de los menores, sino que quien reclame ese derecho debía probar que ha sido una persona que les ha brindado la protección y el amor que requieren para un adecuado desarrollo y crecimiento, y que hay ausencia o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar, lo cual no ocurrió.

Se concluyó, entonces, que al existir figuras familiares sin ningún impedimento para asumir el cuidado de los menores, son ellas las llamadas a brindar protección a los niños y se elimina el factor que haría operante la concesión del sustituto.

2. La apelación.

El único punto de inconformidad de la defensa, radica en la negación de la sustitución de la reclusión intramural por la del lugar de residencia, y en ese sentido el recurrente manifestó lo siguiente:

Inicialmente explicó que la joven **Diana Sofía** era madre cabeza de familia de los menores N.H. y M.A., de 6 y 2 años de edad, respectivamente, y con padres diferentes. Respecto del padre del primero, se desconoce su domicilio o residencia, pues no ha cumplido con sus obligaciones desde que nació el menor, lo cual fue probado en las declaraciones aportadas e incluso en la visita de la comisaria de familia.

Entretanto, indicó que el padre de la segunda, actualmente está privado de la libertad en el proceso matriz de esta investigación por iguales conductas punibles de su representada, razón por la cual no podrá asumir el cuidado y custodia de su hija.

Adujo que en relación con los abuelos paternos de los menores, entre ellos la señora Luz Elena Giraldo, madre de la acusada y con 59 años de edad, y respecto de los cuales el Juez dijo que tenía la capacidad y posibilidad de custodia y cuidado de los menores, se aportaron pruebas acerca de que actualmente es empleada de la Fiscalía, motivo por el cual no permanece en su domicilio en Santa Bárbara desde las 7 am hasta las 7 pm, todos los días. De igual forma se demostró que hace aproximadamente más de cuatro años padece de diabetes mellitus, obesidad e hipotiroidismo, que requiere atención médica prioritaria y urgente, lo que incluso ha impedido el desarrollo laboral habitual.

Expresó que respecto del señor José Gabriel Agudelo, padre de la acusada, quien atendió la visita de la Comisaría de Familia en el municipio de Santa Bárbara, se informó al

despacho que no vivía en dicha residencia como se evidenció en la visita domiciliaria, que son unos vecinos, y se probó que **Diana Sofía** era quien asumía la dependencia económica y cuidado de los dos menores, vivía con ellos y velaba por sus necesidades, conforme los requisitos de la Ley 750 de 2002.

Arguyó que en cuanto a los hechos delictivos de venta de estupefacientes, se probó que la acusada estaba laborando de manera ocasional, que se trasladaba a la casa del señor Luis Armando, ayudaba con dicha labor, pero que no era su actividad económica ilícita principal ni cotidiana.

El informe de la Comisaria de Familia advierte que los menores de edad requieren una protección especial, la cual no se ha brindado desde la aprehensión de su madre, y que hasta la fecha no ha sido brindada por sus abuelos, debido a su imposibilidad física y económica, cuestionándose si la Ley 750 de 2002, no permitía analizarla a la luz de la realidad social de cada uno de los grupos familiares y no de manera automática y excesivamente legalista incluso *“por la propia comisaria de familia del municipio de Santa Bárbara, que omitió realizar un estudio sicosocial, real del estado de los menores de edad en la actualidad, esto es cuales han sido las consecuencias en la salud de los menores, quienes requieren asistencia médica de control normal”*, a los cuales no han podido acudir, pues no tienen quien los acompañe en ese desarrollo normal de un menor.

CONSIDERACIONES

La decisión será confirmada.

En este caso, el problema jurídico se centra en establecer si la señora **Diana Sofía Agudelo Giraldo** reúne las exigencias legales y jurisprudenciales como madre cabeza de familia, para concederle el sustituto de la prisión domiciliaria, conforme lo establece el numeral quinto del artículo 314 de la Ley 906 de 2004: "*...Cuando la imputada o acusada fuere madre cabeza de familia de hijo menor o que sufiere incapacidad permanente, siempre y cuando haya estado bajo su cuidado...*".

Recordemos que, en relación con este sustituto, el artículo 2 de la Ley 82 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 1232 de 2008, establece lo siguiente:

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.

En el mismo sentido, el artículo primero de la Ley 750 de 2002 prevé:

“(...) 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.

(...)”.

En estas condiciones, la prisión domiciliaria por la calidad de madre o padre cabeza de familia opera cuando el condenado tiene a cargo hijos menores u otras *personas incapaces o incapacitadas para trabajar*, siempre y cuando constituyan el único soporte o haya *deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar*, y se verifiquen los demás requisitos legales.

En este caso, la negativa del sustituto por la primera instancia obedeció a dos aspectos esenciales: (i) la presencia de otros familiares, en este caso los abuelos maternos, que pueden hacerse cargo de los menores y, (ii) que del contenido de las evidencias se observa la ausencia de protección y cuidado de la madre de los menores cuando estuvo con ellos, último aspecto que no fue controvertido por el recurrente.

No se discute que la señora **Agudelo Giraldo** tiene dos hijos menores de 2 y 7 años de edad. Para su demostración fueron aportados sus registros civiles de nacimiento. No obstante, de los demás elementos no puede evidenciarse su dependencia única y exclusiva, puesto que en el informe sociofamiliar realizado por una trabajadora social de la Comisaría de Santa Bárbara, se indicó que ambos menores actualmente están siendo cuidados por sus abuelos maternos, de 59 y 57 años de edad.

En este sentido, el recurrente discute que la abuela materna actualmente es empleada de la Fiscalía en la ciudad de Medellín, motivo por el cual no permanece en su domicilio en Santa Bárbara, desde las 7 am hasta las 7 pm, y que hace aproximadamente más de cuatro años padece diabetes mellitus, obesidad e hipotiroidismo, por lo que requiere atención médica prioritaria, lo que incluso ha impedido el desarrollo laboral habitual, pero estas conclusiones no tienen ningún soporte, pues ninguna complicación en sus diagnósticos fue mencionada en la historia clínica que se aportó, y entendemos por las mismas afirmaciones del defensor, que la señora Luz Elena continúa laborando.

Que el abuelo de los menores no convive en la misma residencia, tampoco es una afirmación correcta. En la visita domiciliaria se registró que el mismo señor José Gabriel manifestó residir en la semana en la finca, a efectos de cuidar a sus nietos, mientras la abuela trabajaba:

“al indagar por el subsistema conyugal refiere textualmente “Nosotros llevamos 30 años de casados, estamos en este momento separados, pero por la situación de Diana y nuestros nietos nos ha tocado apoyarnos mucho, la relación es buena, cuando nos separamos ella se fue para donde una hermana y yo me fui por mi mamá, pero con esta situación que Luz trabaja en la Fiscalía, me vi en la obligación de cuidar los nietos, y nos vinimos para la finca de mi hermano, **acá yo estoy en semana con los niños, y la abuela en Medellín trabajando y en fin de semana ella viene y yo me voy a trabajar**, nos está tocando muy duro, porque ya no tenemos la edad para criar niños, pero nosotros somos su única familia”.

No es objeto de discusión que la madre de los menores hubiese podido estar a cargo económicamente de los niños, pero ello no es suficiente para que se cumplan con los requerimientos de la Ley 750 de 2002 para establecer la condición de madre cabeza de familia. Las dificultades que usualmente suelen tener los integrantes del hogar con la privación de la libertad de alguno de sus miembros, no es suficiente para la concesión del sustituto, y si bien siempre lo ideal será que los niños se encuentren bajo el cuidado y protección de sus padres, ello no hace que por la sola presencia de menores el mecanismo se convierta en automático. La trabajadora social concluyó que, pese a las dificultades, se *“asume de manera responsable los cuidados y la satisfacción de necesidades básicas de acuerdo a la etapa*

del ciclo vital en la que se encuentra sus nietos, garantizando de manera integral sus derechos fundamentales a la calidad de vida y un ambiente sano y digno, a la integridad personal, protección, salud, educación y alimentos”, y con fundamento en ello la decisión de primera instancia al considerar que no hay deficiencia sustancial del núcleo familiar para el cuidado de los niños, resulta correcta.

No se cumplen los requisitos primigenios esenciales para acceder al sustituto por el reconocimiento de la condición de madre cabeza de familia, que en este caso es la demostración de tener a cargo menores y **la deficiencia sustancial** de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar, quienes están llamados a velar por el bienestar de los niños conforme al principio de solidaridad.

Desde otra arista, el recurrente no discutió el estado de desprotección al que al parecer la señora **Diana Sofía** sometió a una de sus hijas menores, como aspecto esencial argumentado por la primera instancia para negar el sustituto, conforme a los elementos que fueron valorados, y que en síntesis aludían a que la acusada ejerció algunas de las actividades ilícitas acompañada de la niña.

En ese sentido, ante la falta de controversia, la Sala no podría elaborar el argumento que podría convenirle más al recurrente para refutar esa afirmación, y al tratarse de un tema trascendental, puesto que la concesión de este tipo de subrogados también depende de que no se ponga en peligro a las personas que se encuentran bajo la protección del

condenado, también debe confirmarse la sentencia apelada. En ese contexto, la Corte ha recordado lo siguiente:

4. Conviene recordar que no basta invocar la prevalencia de los derechos de los menores para demostrar el yerro aducido, pues la privación de la libertad en el domicilio del padre o madre cabeza de familia no es un derecho automático ni está estatuido en beneficio del procesado sino de los menores de edad **para que no queden desprotegidos en los eventos en que no cuentan con parientes que los asistan. Su concesión está supeditada, por tanto, al cumplimiento de los requisitos de orden legal,** los cuales se deben ponderar de acuerdo a las circunstancias particulares de cada caso.

Y si bien el inciso final del artículo 44 de la Carta Política establece que los derechos de los niños — incluido el de «*tener una familia y no ser separados de ella*»— prevalecen sobre los demás, su reconocimiento impone verificar, acorde con el artículo 1º de la Ley 750 de 2002, i) la condición aducida, esto es, que se trata de un padre/madre cabeza de familia porque los menores o adultos incapacitados para trabajar dependen económica y afectivamente, en forma exclusiva, de él/ella y, **ii) que «el desempeño personal, laboral, familiar o social», permite determinar que el penalmente responsable no colocará en peligro a la comunidad o a las personas bajo su protección.**¹

En estas condiciones, al no demostrarse la condición de madre de familia, la decisión objeto de recurso será confirmada. No obstante, lo anterior no impide que el Juez de Ejecución de Penas con el apoyo de su equipo

¹ Negrilla nuestra. Auto del 25 de septiembre de 2019, radicado 54818, con ponencia del doctor Luis Antonio Hernández Barbosa.

interdisciplinario, opte por examinar la situación familiar de la condenada y el sustituto referido.

El Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley:

FALLA

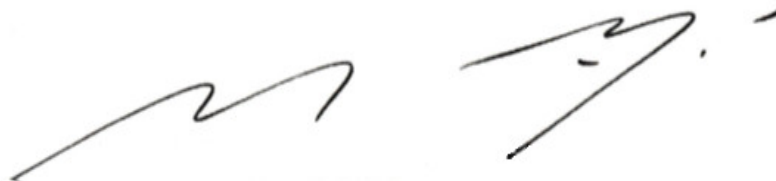
Confirmar la sentencia que por apelación se revisa. Se informa que procede el recurso de casación.

CÓPIESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS



PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN