

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, seis (6) de junio de dos mil dieciocho (2018).

Radicado: 053606099057201705659
Procesado: Melissa Correa Montoya
Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes
Asunto: Apelación de Sentencia
Sentencia: No.009 . Aprobada por acta No.078 de la fecha.
Decisión: Confirmar
Lectura: jueves 13 de junio de 2019, hora: 10 a.m.

Magistrado Ponente

Dr. LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

1. ASUNTO A DECIDIR

Se apresta esta Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa, en contra de la sentencia del 15 de marzo de 2019, proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Itagüí, Antioquia, por medio de la cual y en virtud de un preacuerdo, condenó a la señora **Melissa Correa Montoya**, por el punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, imponiéndole una pena de 10 meses y 20 días de prisión, multa de 0,33 salarios mínimos mensuales legales vigentes e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo

término, a su vez que le negó el sustituto de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

2. ACONTECER FÁCTICO

A eso de las 10.59 horas del 26 de junio de 2017, en el municipio de la Estrella, Antioquia, mientras uniformados de la Policía Nacional realizaban labores de control y registro, le fue solicitado a la ciudadana **Melissa Correa Montoya** les permitiera una inspección de su bolso, en donde se halló una bolsa negra y dentro de la misma 30 bolsas plásticas transparentes que en su interior contenían, cada una, 10 cigarrillos compuestos por una sustancia vegetal similar a la marihuana, que, al ser sometida a análisis químicos, arrojó un resultado positivo para cannabis y sus derivados con un peso neto de trescientos cincuenta y seis punto nueve (356,9) gramos.

3. DESARROLLO PROCESAL

El 27 de junio de 2017, ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de La Estrella, Antioquia, con Función de Control de Garantías, se declaró legal la captura de la señora **Melissa Correa Montoya**. La Fiscalía le formuló imputación por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en la modalidad de llevar consigo (artículo 376 inciso 2 del C.P.), cargo que no fue aceptado por la procesada.

El día 6 de septiembre de 2017, la Fiscalía presentó escrito de acusación, sin embargo, en audiencia pública llevada a cabo el 20 de junio de 2018, ante el Juzgado Primero Penal del Circuito de Itagüí, las partes presentaron un preacuerdo que consistió en reconocerle a la procesada la circunstancia de

marginalidad o pobreza extrema descrita en el artículo 56 del C.P., a cambio de la aceptación de responsabilidad, por lo que la pena a imponer quedaría en 10 meses y 20 días de prisión.

Posteriormente, se dio trámite a la audiencia descrita en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004 en la cual la defensa de la procesada solicitó para su prohijada la prisión domiciliaria por ser madre cabeza de familia. En la misma fecha se emitió la sentencia en la cual el juez condenó a la señora **Melissa Correa Montoya** por el punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, imponiéndole una pena de 10 meses y 20 días de prisión, multa de 0,33 salarios mínimos mensuales legales vigentes e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, a su vez que le negó el sustituto de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

Dicha decisión fue apelada por el defensor.

4. LA SENTENCIA APELADA

Para los efectos del recurso interpuesto, indica el fallador de primera instancia que no accedía a conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena o la prisión domiciliaria, como quiera que las reglas 23 y 29 de la Ley 1709 de 2014, contemplan como presupuesto de procedencia que el delito objeto de procesamiento no esté incluido dentro del listado contenido en el artículo 68 A del Código Penal, modificado por el 32.2 de la anotada Ley 1709 de 2014, intelección que puede extraerse de la línea jurisprudencial trazada por la Corte Suprema de Justicia¹, cuando afirma que no hay lugar a

¹ Decisiones del año 2014 bajo los radicados 40931 del 29 de enero, 42623 del 12 de marzo, 43342 del 2 de abril, 42722 del 9 de abril, así como del 45949 del 28 de octubre de 2015

la procedencia de los mecanismos sustitutivos de la pena de prisión en procesos adelantados por delitos contenidos en la prohibición citada.

Aduce que, como el presente asunto cursa por el delito de porte de estupefacientes contenido en el precepto 376.3 del Estatuto Represor, el cual indudablemente se halla inmerso en la restricción que consagra el canon 32.2 de la Ley 1709 de 2014, inviable resulta la concesión de los mecanismos estudiados, siendo menester su denegación, precisando además, que el porte de estupefacientes, entendido también como llevar consigo, está inmerso en dicha prohibición, compartiéndose la posición desarrollada en tal sentido por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y Mayoritariamente por la Sala del Tribunal Superior de Medellín, en el entendido que la voluntad legislativa fue restringir los mecanismos sustitutivos de la prisión para todos los delitos contemplados en el Capítulo 2 del Título XIII del Código Penal, denominado *“De los delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones”*, en atención a la redacción literal de la restricción, la claridad de la norma y la ausencia de excepción alguna implantada por el creador de la ley.

Finalmente, en punto a la imprecisa solicitud que hizo la defensa cuando solicitó la concesión de la prisión domiciliaria con fundamento en que su prohijada es madre cabeza de familia, consideró que no se habían acreditado los requisitos enlistados por los artículos 314.5 y 461 de la Ley 906 de 2004, el artículo 1 de la Ley 1232 de 2008 y la Ley 750 de 2002.

Adujo que la exposición de la defensa en la audiencia de individualización de pena no demostró que **Melissa Correa Montoya** ostente la calidad de madre cabeza de familia, esté desamparada y sola a cargo de su menor hija, porque la figura paterna de su hija no esté disponible para ejercer el cuidado y

sustento de la niña, así como tampoco el restante grupo familiar, es decir que consanguíneos o afines, podrían hacerse cargo de la niña.

Lo anterior, por cuanto en el legajo quedó demostrado que la procesada, su cónyuge e hija vivían en compañía de la madre de este, que si bien el padre estuvo privado de la libertad, ello solo sucedió hasta el 4 de marzo de 2019. En consecuencia, se evidencia que la hija menor de **Melissa Correa Montoya**, no quedará en riesgo de abandono ni desprotección por la privación de la libertad de su madre.

5. DE LA IMPUGNACIÓN

El defensor de la señora **Correa Montoya** interpuso recurso de apelación contra la decisión de primera instancia, el cual sustentó en un largo escrito confuso y sin mucha concreción.

Manifestó que, aunque reconoce que no fue muy elocuente al momento de pedir el sustituto de prisión domiciliaria para su prohijada bajo la modalidad de madre cabeza de familia, y así lo indicó el juez en la sentencia de primera instancia, considera que no era necesario profundizar al respecto en esa oportunidad porque, dadas las condiciones que padece **Melissa Correa Montoya**, saltaba de bulto la necesidad de la concesión de ese derecho, que en este caso no es una gracia.

Adujo que no está de acuerdo con el juez que negó la prisión domiciliaria con fundamento en que existían otros familiares con posibilidad de cuidar a la menor, como, por ejemplo, su abuela paterna; sin embargo, esa dama no puede hacerse cargo de la niña, porque no tiene recursos para solventar sus

necesidades y ya suficiente tiene con tener que soportar que su hijo esté privado de la libertad.

Señaló que en el evento en que su prohijada deba purgar la pena impuesta en el centro de reclusión, el abandono para su menor hija será total y por lo tanto se impone la concesión de la prisión domiciliaria.

Aunado a lo anterior, advirtió que la procesada sí reúne los requisitos del artículo 38B C.P., excepto el numeral segundo de esa norma que excluye de tal beneficio el delito por el cual está siendo juzgada **Melissa Correa**, sin embargo, esa exclusión no debe considerarse si se tiene en cuenta que en esta oportunidad se solicita la prisión domiciliaria por ser madre cabeza de familia.

6. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

6.1 Competencia.

Esta Sala de decisión es competente para conocer del recurso de alzada propuesto por la defensa en contra de la sentencia del Juzgado Primero Penal del Circuito de Itagüí, Antioquia (Ant.) en razón de lo prescrito en el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

A tono con las previsiones del artículo 179 y siguientes de la Ley 906 de 2004, estatuto que rige este juzgamiento, la Sala limitará su decisión al punto central de impugnación y las cuestiones inescindibles a ello.

6.2. Problema jurídico

La Sala deberá determinar qué se entiende por madre cabeza de familia de cara a la prisión domiciliaria establecida en el Código Penal y, subsiguientemente, establecerá si en el presente evento, la defensa demostró que su prohijada reunía tal condición y por ende ser hace merecedora de la prisión domiciliaria.

6.3. Condición de madre cabeza de familia en el ordenamiento jurídico Colombiano.

Para la resolución del referido problema en el caso que hoy nos atañe lo primero es conocer qué se entiende por padre o madre cabeza de familia, quiénes tienen esta calidad y, solo en el caso de que la respuesta sea afirmativa se analizará si esa sola condición es suficiente para que una persona se haga merecedora de la prisión domiciliaria.

Definido esto, se analizará el caso en concreto:

En nuestro país el concepto de madre cabeza de familia aparece por primera vez enunciado en el artículo 43 de la Constitución Política de 1991, aunque es solo dos años más tarde, con su desarrollo legal mediante la Ley 82 de 1993 donde se da una verdadera definición en su artículo segundo, modificado por la ley 1232 del 2008, que reza:

“Para los efectos de la presente ley, entiéndase por “Mujer cabeza de Familia”, quien siendo soltera o casada, tenga bajo su cargo, 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 conyugue o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar”

De la anterior definición se pueden extraer los siguientes elementos para la configuración de la figura de madre o padre cabeza de familia:

- 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 esta, por propia voluntad o por circunstancias de fuerza mayor.
- iii) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar.

En ese orden de ideas es claro, entonces, que la persona que pida el beneficio de la prisión domiciliaria bajo la consideración de ser madre o padre cabeza de familia, 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.

6.4. Del caso concreto

Para el caso de marras la defensa para sustentar probatoriamente la petición de prisión domiciliaria por ostentar la condición de padre cabeza de familia para su cliente, exhibió:

1. El registro civil de nacimiento de la hija menor de edad de la procesada, Nicole Henao Correa, de 6 años de edad².
2. Entrevista realizada a Daniel Henao Yepes, compañero sentimental de la procesada, donde indica, entre otras, que vive desde hace 10 años con Melissa Correa Montoya, que fruto de esa unión tienen una hija menor de edad de nombre Nicole y que también habitan con su madre Luz Yamile Yepes, en casa propia. Además, señala que la procesada no ha tenido un trabajo estable.³
3. Entrevista rendida por la procesada en la que da cuenta que vive con su compañero sentimental desde hace 10 años y este labora con su primo.⁴
4. Entrevista vertida por la madre del compañero sentimental de la procesada, señora Luz Yamile Yepes, en donde manifiesta que es independiente económicamente hablando, pues cuenta con un empleo⁵.
5. Certificación expedida por la Cárcel Municipal de La Estrella en la que da cuenta que el señor Daniel Henao Yepes se encuentra en ese lugar privado de la libertad desde el 30 de noviembre de 2018 y hasta la fecha de expedición del mismo, esto es hasta el 4 de marzo de 2019.⁶

Para la Sala es claro que con los medios aportados no es posible concluir que la señora **Melissa Correa Montoya** presente la condición de madre cabeza de familia, pues si bien probó que es mamá de una menor de edad y que su

² Ver fl. 70

³ Ver fl. 30

⁴ Ver fl. 39

⁵ Ver fl. 45

⁶ Ver fl. 67

cónyuge también está privado de libertad; no lo es menos que de igual manera quedó acreditado en el legajo que desde siempre, esto es hace más de 10 años, reside en compañía de su suegra, en casa propia y que esta además trabaja y que, aunado a ello, cuenta con otros familiares que también laboran, y no se estableció porqué ninguno de ellos, principalmente su suegra y abuela de su hija menor de edad, está en imposibilidad física, económica o psicológica para cuidar de su hija y proveerle el sustento.

Claramente la defensa no allegó ninguna prueba que permitiera deducir esa imposibilidad social y/o económica de la señora Yamile Yepes para cuidar de su nieta menor Nicole Henao, siendo esta la persona más llamada a hacerse cargo de la niña, como quiera que también se indicó que ha vivido con ella desde su nacimiento.

Tales probanzas resultaban de vital importancia para la Sala, como quiera que la normatividad en cita señala que la *responsabilidad para con los menores o personas incapaces sea de carácter exclusivo y permanente por ausencia absoluta de la pareja o de incumplimiento total de las obligaciones por parte de esta, por propia voluntad o por circunstancias de fuerza mayor.*

En efecto, no hay ninguna prueba aportada por la defensa que demuestre la calidad de madre cabeza de familia de la señora **Melissa Correa Montoya**, como tampoco que su menor hija está bajo el cuidado exclusivo; es más, ni siquiera se explicó la ausencia o la presencia de la familia materna o la imposibilidad de esta para contribuir a su cuidado durante un tiempo de 10 meses y 20 días, en tanto la citada purga su condena.

Por estas simples, pero contundentes razones es que el juez *a quo* tuvo toda la razón para denegar la petición de la defensa, pues, se insiste, esta no demostró para nada que **Melissa Correa Montoya** sea madre cabeza de

familia en tanto su menor hija estaba a su exclusivo cuidado por ausencia absoluta o incapacidad permanente de sus familiares que puedan reemplazarla.

Finalmente, en punto a las imprecisas aseveraciones que hizo la defensa en el escrito de apelación cuando manifestó que la procesada tendría derecho a la prisión domiciliaria por ser madre cabeza de familia y por lo tanto no podía considerarse la prohibición contenida en el numeral 2 del canon 38B del C.P., resulta conveniente precisarle al profesional del Derecho que el juez *a quo* no negó la prisión domiciliaria a su prohijada por la condición de madre cabeza de familia con fundamento en esa prohibición de los artículos 38B y 68A del C.P., pues en realidad este sí se pronunció en torno a esas normas, pero ello jamás lo hizo para resolver la petición de la defensa en la audiencia de individualización de la pena (quien sin mayor fundamentación fáctica-jurídica se centró exclusivamente en la condición de madre cabeza de familia de su prohijada).

Por el contrario, ante la ausencia de fundamentación jurídica del defensor en su oportunidad, el fallador de primer grado consideró procedente, antes de abordar el oscuro pedimento del recurrente, realizar un amplio análisis normativo de todas las normas referentes a la prisión domiciliaria, en pro de mayores garantías para la procesada.

Lo cierto es que, en pronunciamientos posteriores, y ahora sí para resolver la petición del defensor, el juez de primera instancia negó a la señora **Melissa Correa Montoya** la prisión domiciliaria porque advirtió que esta no reunía las exigencias de los artículos 314.5 y 461 de la Ley 906 de 2004, el artículo 1 de la Ley 1232 de 2008 y la Ley 750 de 2002, mismos que analizó individualmente, siendo ese el único punto de la censura, el cual ya se resolvió en este proveído.

Por lo anterior, advierte la Sala que no es procedente que en esta oportunidad se haga un análisis respecto de ese pronunciamiento (contenido de los artículos 38B y 68A del C.P.), pues en realidad ello fue producto de un fundado reparo en la apelación, pues le bastó al censor construir una falacia argumentativa en torno a ese tópico y en consecuencia aseverar algo inexistente en la sentencia.

En consecuencia, se confirmará la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Itagüí, Antioquia, el día 15 de marzo de 2019 y que decidió condenar a **Melissa Correa Montoya** por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, sin concederle la prisión domiciliaria.

En mérito de 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,

7. RESUELVE:

Primero: CONFIRMAR ÍNTEGRAMENTE la sentencia del 15 de marzo de 2019 proferida por el Juez Primero Penal del Circuito de Itagüí, que negó a la señora **Melissa Correa Montoya** la prisión domiciliaria y la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Segundo: La presente decisión es susceptible del recurso de casación en los términos de ley.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO
Magistrado

RICARDO DE LA PAVA MARULANDA
Magistrado

RAFAEL MARÍA DELGADO ORTIZ
Magistrado