



SALA PENAL DE DECISIÓN

PROCESO: 05001 60 00206 2021 05790
DELITO: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES
PROCESADA: MARÍA EUNICE GÓMEZ LEZCANO
PROCEDENCIA: Juzgado Primero Penal del Circuito de Medellín
OBJETO: Apelación de sentencia.
DECISIÓN: CONFIRMA
M. PONENTE: Rafael M Delgado Ortiz
Sentencia Nro. 31
Aprobada mediante acta Nro. 212
TEMA: Prisión domiciliaria como madre cabeza de familia

Medellín, veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno

ASUNTO POR TRATAR

Se decide el recurso de apelación, presentado por el defensor, en contra de la sentencia emitida el quince (15) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), por el Juez Primero Penal del Circuito de Medellín, por medio de la cual condenó anticipadamente, en virtud de un preacuerdo, a **MARÍA EUNICE GÓMEZ LEZCANO** por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, imponiéndole la pena principal de treinta y cuatro (34) meses de prisión, multa de un (1) salario mínimo mensual vigente y la accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas por igual lapso a la pena restrictiva de la libertad, negándole la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, esta última también como madre cabeza de familia.

PROCESO: 05001 60 00206 2021 05790

DELITO: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

PROCESADO: **MARÍA EUNICE GÓMEZ LEZCANO**

OBJETO: Apelación de sentencia.

DECISIÓN: CONFIRMA

ANTECEDENTES FÁCTICOS

En los hechos jurídicamente relevantes plasmados en el escrito de acusación, se indica que siendo las 09:40 horas del veinticinco (25) de marzo de 2021, **MARIA EUNICE GÓMEZ LEZCANO**, se presentó a las instalaciones de la Estación de Policía Aranjuez, ubicada en la calle 71 N. 37-52 del barrio Manrique de esta ciudad, llevando una alimentación que pretendía entregar a Yeison Stiven Gómez, detenido en la sala de paso de esa estación.

Se consigna que una vez se revisa por parte de los miembros de la policía nacional, una bolsa plástica negra que portaba la aludida ciudadana, se encuentran dos sustancias, una verde vegetal seca con características similares a la marihuana y otra con características similares a la base de coca. Luego de practicarse las pruebas preliminares homologadas, se determinó que eran cannabis con un peso neto de 17.6 gramos empacada a granel, y cocaína con un peso neto de 5.0 gramos, dosificada en once (11) bolsitas plásticas con cierre hermético, respectivamente.

DESARROLLO PROCESAL

Por tales hechos, el veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021) ante el Juzgado Séptimo Penal Municipal de Medellín, se legalizó la captura de **MARIA EUNICE GÓMEZ LEZCANO**. Acto seguido, se le formuló imputación por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado (artículos 376 y 384 literal b. del Código Penal), sin que aceptara su responsabilidad por tal conducta. Se le impuso la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en su lugar de residencia.

PROCESO: 05001 60 00206 2021 05790

DELITO: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

PROCESADO: **MARÍA EUNICE GÓMEZ LEZCANO**

OBJETO: Apelación de sentencia.

DECISIÓN: **CONFIRMA**

La fiscal a cargo del asunto presentó escrito de acusación en contra de la ciudadana ya identificada, señalándola como presunta responsable del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en la modalidad de llevar consigno con fines de suministro, sin embargo, eliminó la agravante, tras considerar que las estaciones de policía no son establecimientos carcelarios. La actuación correspondió por reparto al Juez Primero Penal del Circuito de Medellín.

En audiencia realizada el cinco (5) de junio siguiente, la Fiscalía indicó que se había llegado a un preacuerdo con la procesada y su defensor, el cual consistía en que aquella aceptaba los cargos imputados como autora y a cambio se le aplicaría la pena del cómplice pactándose una pena de treinta y cuatro (34) meses y multa de un (1) SMLMV, constituyendo este el único beneficio concedido.

Explicó que la eliminación de la agravante que le fue imputada a **GÓMEZ LEZCANO** no comportaba un beneficio adicional, sino que debía tenerse en cuenta que las estaciones de policía no pueden ser catalogadas como establecimientos carcelarios, por lo que lo ello se hacía en aplicación del principio de legalidad.

El despacho avaló el acuerdo presentado y ese día se inició la audiencia de individualización de pena, sin embargo, el defensor solicitó suspenderla para recaudar elementos a fin de solicitar la sustitución de la prisión intramural por la domiciliaria, en atención a una presunta condición de madre cabeza de familia de su prohijada.

PROCESO: 05001 60 00206 2021 05790

DELITO: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

PROCESADO: **MARÍA EUNICE GÓMEZ LEZCANO**

OBJETO: Apelación de sentencia.

DECISIÓN: **CONFIRMA**

La diligencia continuó el quince (15) de septiembre de dos mil veintiuno y allí el defensor solicitó conceder la prisión domiciliaria dada la condición de madre cabeza de familia de su representada respecto de su hijo menor y de su progenitora desvalida.

El defensor en su exposición refirió que el menor hijo de su representada depende completamente de ella por cuanto el padre nunca respondió y no se conoce el paradero, lo cual acredita con el registro civil de nacimiento y una certificación de la institución educativa donde está matriculado y da cuenta que la madre es la acudiente del niño.

Anuncia que igualmente su prohijada es quien vela por su madre Rosa Angélica Lezcano, que es una adulta mayor (69 años), tiene diversos padecimientos en salud conforme a la historia clínica que aporta, como EPOC, diabetes mellitus, hipertensión, dislipidemia, lo que le impide estar en contacto permanente con otras personas por los riesgos que representa para su salud, además, sufrió un accidente de tránsito por lo que debe someterse a una cirugía en su muñeca, no pudiendo entonces mantener el grupo familiar, trabajar, ni hacerse cargo día y noche de su nieto, siendo necesaria la presencia de su prohijada en el hogar para el sostenimiento familiar, máxime cuando la progenitora por sus padecimientos en cualquier momento se puede desmayar.

Expresa que las diferentes declaraciones que allega dan cuenta que **MARÍA EUNICE**, es quien responde por su madre y su hijo, está pendiente de ellos en todo momento y no hay otras personas que puedan hacerse cargo de estos, pues el otro hijo de Rosa Angelica se encuentra privado de la libertad conforme a sentencia

PROCESO: 05001 60 00206 2021 05790

DELITO: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

PROCESADO: **MARÍA EUNICE GÓMEZ LEZCANO**

OBJETO: Apelación de sentencia.

DECISIÓN: **CONFIRMA**

condenatoria que agrega, lo que claramente le impide responder por la familia.

Insiste que en el caso se cumplen con los presupuestos establecidos para el reconocimiento de la condición de madre cabeza de familia de su prohijada, ya que su progenitora se encuentra enferma como se advierte en la historia clínica que se anexa, y el padre de su menor hijo se sustrajo del cumplimiento de sus obligaciones a partir del nacimiento del menor, ni siquiera lo visita, por lo que se deben garantizar sus derechos.

El quince (15) de septiembre de 2021, se dio lectura a la sentencia de primera instancia, contra la cual el defensor interpuso recurso de apelación en punto específico a la no concesión de la prisión domiciliaria a **GÓMEZ LEZCANO**.

LA SENTENCIA APELADA

El quince (15) de septiembre del presente año, hallando satisfechos los elementos básicos para ello, se emitió la sentencia condenatoria en contra de **MARÍA EUNICE GÓMEZ LEZCANO** en virtud del preacuerdo, estableciéndose una pena de treinta y cuatro (34) meses de prisión, multa de un (1) SMMLV, y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal, negándole la suspensión de la ejecución de la pena, y la prisión domiciliaria, esta última también como madre cabeza de familia.

PROCESO: 05001 60 00206 2021 05790

DELITO: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

PROCESADO: MARÍA EUNICE GÓMEZ LEZCANO

OBJETO: Apelación de sentencia.

DECISIÓN: CONFIRMA

Para el efecto, argumentó el juez de primera instancia, respecto a lo que fue objeto de inconformidad por el recurrente, que no se cumplen los presupuestos para el reconocimiento de la calidad de madre, o miembro cabeza de familia de la sentenciada, como quiera de los elementos cognoscitivos aportados y la argumentación, no se demuestra esa condición.

En concreto, anotó, que para tal reconocimiento, se exige tener bajo el cuidado absoluto o integral al menor, al discapacitado o al familiar imposibilitado para trabajar por parte de quien reclama el beneficio, sumándose la ausencia sustancial de la familia extensa, siendo que para el caso no se alcanza el estándar cognoscitivo requerido con la insular afirmación, carente de soporte, alusiva a que el padre del menor hijo de la procesada, no responde por éste o no se ubica, como tampoco que la madre de la petente carezca de las posibilidad o condiciones de asumir el cuidado del citado menor, pues si bien padece algunas enfermedades, es adulto mayor con 69 años de edad, ello no le impide valerse por sí misma y asumir, incluso por lazos de consanguinidad, el amparo del menor ante la ausencia de su progenitora.

Luego de referirse a diferentes providencias emitidas por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional y por este tribunal referentes a los requisitos para considerarse madre o padre cabeza de familia, hace énfasis en el referente a la ausencia de ayuda del núcleo familiar como presupuesto para estructurar debidamente dicha condición, dado que indica, la asistencia de familiares con posibilidad de hacerse cargo de los menores sobre los cuales se arguye un riesgo latente de desamparo o

PROCESO: 05001 60 00206 2021 05790

DELITO: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

PROCESADO: MARÍA EUNICE GÓMEZ LEZCANO

OBJETO: Apelación de sentencia.

DECISIÓN: CONFIRMA

desprotección a raíz de la privación de la libertad del padre o madre, impide entender consolidada la condición o calidad de quien pretende asirse del beneficio.

De otro lado, hace énfasis en que la carga de las afirmaciones tendientes a demostrar cada uno de los presupuestos que exige la condición de madre cabeza de familia, debe ser debidamente soportadas por quien pretende el reconocimiento, conforme lo devala el artículo 167 del Código General del Proceso, por lo que le corresponde asumir al petente el desarrollo argumentativo y probatorio para acreditar los requisitos de ausencia de padres o de otros miembros del núcleo familiar, así como la condición de incapacidad o discapacidad para trabajar de miembros de la familia a cargo exclusivo de la parte pretensora.

Explicó que en el caso, la defensa aportó trece archivos digitales, que contienen el material cognoscitivo del cual estima dimana la acreditación del estatus o estándar de madre cabeza de familia que se reputa de la procesada, los cuales enuncia para concluir que de la evidencia reseñada se advierte que no se acreditó con suficiencia el abandono o la ausencia del padre del menor J.F.C.G., hijo de la encausada, hecho puntual con el que se pretende probar el desamparo o riesgo inminente para el infante o adolescente, basándose solamente en un afirmación del defensor postulante, que no basta en procura de la verificación de condiciones atinentes a la imposibilidad de que sea el padre del mentado menor quien asuma su cuidado integral en ausencia de la madre por razones judiciales.

PROCESO: 05001 60 00206 2021 05790

DELITO: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

PROCESADO: MARÍA EUNICE GÓMEZ LEZCANO

OBJETO: Apelación de sentencia.

DECISIÓN: CONFIRMA

Afirmó que tampoco resultan suficientes para el efecto, las declaraciones juradas que se allegaron, donde ni siquiera se certifica quién es la persona que la está rindiendo – pues no fue presentado ante quien así pueda acreditarlo -, y por el contrario, de manera informal, en un mismo formato y con un evidente interés de favorecer a la procesada, refieren los declarantes que el grupo familiar solamente se conforma por ésta, su madre Rosa Angelica y el hijo menor, empero nada del padre se aduce, siendo cierto que a éste la asiste un deber legal, imponible y ejecutable, incluso a través de medios judiciales, de responder por su hijo menor y asegurar un mínimo de cuidado para evitar que quede en riesgo de desprotección o abandono.

Por ello asevera, la defensa no soporta, sustenta o respalda, la afirmación atinente a que el padre del menor hijo de la procesada no responde por éste, y al parecer desde su nacimiento desatendió la obligación, cuando debió demostrarlo, dando cuenta que el padre o los familiares extensos, no pudieran asumir el cuidado integral del niño.

De otro parte, refirió, que estando en el hogar presente Rosa Angelica, abuela materna, si bien presenta varias enfermedades y tiene 69 años, no obsta ello para que pueda asumir el cuidado integral desde varias aristas, de manera tal que evite su abandono o desprotección, como quien puede brindarle techo, salud, educación, consejo y orientación, hallándose en capacidad, como lo afirma ella misma, de continuar haciendo las ventas en la puerta de su casa, actividad que le permite recaudar los emolumentos necesarios para el pago del arriendo.

PROCESO: 05001 60 00206 2021 05790

DELITO: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

PROCESADO: **MARÍA EUNICE GÓMEZ LEZCANO**

OBJETO: Apelación de sentencia.

DECISIÓN: **CONFIRMA**

Por ello concluye, en lo que al menor hijo de la procesada atiende, se observa la posibilidad de contar con el padre para efectos de un cuidado integral, salvo que debidamente pruebe lo contrario la defensa, pues en el caso no lo ha hecho, pudiendo asumir tal amparo también la abuela materna, mínimamente desde las aristas ya referidas.

Y respecto a Rosa Angelica, progenitora de la procesada, anotó que se observa que es una ciudadana que se vale por sí misma, que no es dependiente exclusiva de MARIA EUNICE, según los elementos que se aportan, asiste a las atenciones en salud que ha ameritado para la fractura del antebrazo derecho que presentó en enero de esta anualidad, sus enfermedades no le impiden hacerlo, y dice que ella se dedica a la casa mientras su hija trabaja y que ahora con el problema o el error que cometió, es decir, la detención domiciliaria de la cual gozó en el trámite procesal, las había instado a hacer ventas en la puerta de la casa para obtener réditos en aras de sostenerse y que ella ayudaba en la casa y también en las ventas.

Adicionalmente sostiene, ninguna de las enfermedades que se refieren, al menos en lo que emana de la historia clínica, dan cuenta de una situación de imposibilidad absoluta de esta ciudadana para valerse por sí misma, pues si bien padece diabetes mellitus no insulino dependiente e hipertensión primaria, ambas son tratables medicamente y ninguna ameritó que durante la internación hospitalaria que padeció en enero de esta anualidad, por la fractura de su antebrazo derecho, fuera necesario mantenerla allí. La osteoporosis, que no aparece referida al menos en lo que se revisó, y un EPOC.

PROCESO: 05001 60 00206 2021 05790

DELITO: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

PROCESADO: **MARÍA EUNICE GÓMEZ LEZCANO**

OBJETO: Apelación de sentencia.

DECISIÓN: **CONFIRMA**

enfermedad pulmonar obstructiva crónica, no tienen mayor desarrollo en los documentos médicos, solamente se hace mención de que ello pudo haberse presentado dentro de la atención intrahospitalaria. |

Por lo expuesto, concluyó, no logra la defensa acreditar con suficiencia lo que le corresponde para sostener que su prohijada, es madre o miembro cabeza de familia, quedándose corto en ese objetivo con los elementos en juicio que aporta, lo que permite entender que están latentes las posibilidades de que el menor hijo pueda ser cuidado de manera integral por su padre, o la abuela materna evitando el riesgo o abandono, y que la madre de la procesada no se encuentra en un estado total de incapacidad para trabajar y valerse por sí misma, en tanto no dependía de manera exclusiva de MARIA EUNICE, al momento de la comisión de los hechos o en la actualidad, lo que parte de que se cuenta con unas declaraciones, incluso informales, bajo un mismo formato y un denotado interés de favorecer a la procesado, indicando solamente cómo se conforma el núcleo familiar.

Por ello encontró incumplido el requisito tendiente a probar la condición de madre y miembro cabeza de familia, debe negarse la sustitución residencial que se implora por vía del numeral 5 del artículo 314 del C.P.P.

DE LA APELACIÓN

Dentro del término de ley, el defensor sustentó el recurso de apelación que interpusiera oportunamente.

PROCESO: 05001 60 00206 2021 05790

DELITO: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

PROCESADO: MARÍA EUNICE GÓMEZ LEZCANO

OBJETO: Apelación de sentencia.

DECISIÓN: CONFIRMA

Adujo que si bien es cierto las declaraciones que presentó la defensa están realizadas en un mismo formato, esto no es óbice para no ser valoradas en su integridad, pues si fuera así, se estaría frente a un dilema jurídico, dado que en la administración de justicia se utilizan formatos para ordenar sus expedientes y no por ello, se puede decir que no brindan credibilidad o que su contenido sea mendaz.

Afirma que pese a que las declaraciones presentadas están en un idéntico formato y tienen similar fecha son válidas legalmente, no fueron tachadas de falsas o mendaces, y no es cierto que todas tengan igual contenido, si bien son las semejantes preguntas, las respuestas son diferentes de acuerdo con lo que cada persona piensa y están certificadas con la firma y huella.

Anuncia que si el juez no confiaba en su contenido, pudo realizar comunicación telefónica o virtual con los declarantes y tomarse el término de 10 días establecido en el artículo 447 del C.P.P., para indagar a fondo, incluso ordenar que se realizara la visita de un auxiliar de la justicia – *trabajador social* - para que verificara la situación familiar de su representada, más aún cuando cada declarante comunica al despacho el conocimiento personal, y el tiempo de conocer a GOMEZ LEZCANO, a su núcleo familiar y las condiciones personales, familiares y modo de vivir, pero solo se presumió la mala fe de los declarantes, cuando lo que se presume es la buena fe, y si bien contienen datos favorables para la procesada, son informaciones veraces con fundamento en la realidad.

PROCESO: 05001 60 00206 2021 05790

DELITO: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

PROCESADO: MARÍA EUNICE GÓMEZ LEZCANO

OBJETO: Apelación de sentencia.

DECISIÓN: CONFIRMA

Anuncia que no obstante en las respuestas a las preguntas hay algunas con contenidos parecidos o iguales, hay otras diferentes, y se confirma con la firma y huella por cada declarante, que estaba de acuerdo con lo allí plasmado, aunado a que la declaración de María Ximena Molina del 25 marzo de 2021, realizada a puño y letra, no brinda credibilidad para el fallador, sin embargo, desde las audiencias preliminares se indicó al juez de control de garantías al momento de la solicitud de la medida de aseguramiento para que fuera otorgada la domiciliaria, cuál era el status de la imputada como madre cabeza de familia, aportándose declaraciones realizadas a puño y letra que confirmaban lo manifestado por la procesada.

Indica que las declaraciones fueron valoradas por el A quo de una manera desacertada, en tanto pese a que contienen datos favorables para la procesada, no se realizó verificación y no se podía presumir que el contenido no era creíble, además, no se analizó de forma correcta el contenido del certificado de estudios del menor, donde se indica que la condenada es la acudiente del niño, pero se afirma que la defensa no probó los presupuestos para demostrar la calidad de madre cabeza de familia de la condenada, aun cuando no se refiere en el aludido documento que el acudiente es persona distinta a la madre, el padre no aparece en ningún documento dentro del proceso ni en manos de la fiscalía o el despacho.

Por ello estima, con los documentos aportados, se acredita que su representada es madre cabeza de familia, cómo está conformado el núcleo familiar, y por qué dependen exclusivamente de ella de manera permanente, además, que el padre

PROCESO: 05001 60 00206 2021 05790

DELITO: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

PROCESADO: MARÍA EUNICE GÓMEZ LEZCANO

OBJETO: Apelación de sentencia.

DECISIÓN: CONFIRMA

del menor no es conocido por esas personas, que no saben el lugar donde se encuentra, como lo dice María Ximena Molina Arguelles.

De otro lado, sostiene, la madre de la condenada informa en su declaración, cuál es su condición de salud, modo de vivir, de quien depende permanentemente, y cómo está conformado el núcleo familiar, cumpliéndose entonces, con los documentos aportados, con gran parte de los requisitos para demostrar que su representada ostenta la condición de madre cabeza de familia. Dentro del expediente, dice, no existen elementos materiales probatorios que indiquen o demuestren la existencia de otras personas o la familia extensa para satisfacer el cuidado y mantenimiento del núcleo familiar de su prohijada, el cual está conformado por su hijo menor de 14 años de edad, su madre de 69 años y su otro hijo mayor de edad quien se encuentra privado de la libertad y condenado en meses anteriores a una pena de 48 meses intramuralmente, condena emitida por el Juzgado 29 Penal del Circuito de Medellín, el 22 de julio de 2021.

Insiste en que la responsable del cuidado permanente y sostenimiento de su familia es su representada, y no se puede afirmar que haya quien vele por estas personas si esta es privada de la libertad intramuralmente, a diferencia de la prisión domiciliaria, atendiendo a que están en su residencia, puede solicitar permiso para laborar al juez de ejecución de penas, teniendo en cuenta que antes de la privación de la libertad, desempeñaba una labor legal y puede volver a hacerla para satisfacer las necesidades del hogar.

En lo que se refiere al padre del menor hijo de la procesada, expresa que contrario a lo que se afirma en la

PROCESO: 05001 60 00206 2021 05790

DELITO: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

PROCESADO: MARÍA EUNICE GÓMEZ LEZCANO

OBJETO: Apelación de sentencia.

DECISIÓN: CONFIRMA

sentencia, de acuerdo con las máximas de la experiencia, no se puede indicar que es general que toda madre o familiar de un menor interponga denuncias o demandas en contra del padre por inasistencia alimentaria o abandono del hogar, ya que muchas madres, sacan a su familia adelante sin ayuda del padre, y en el presente caso MARIA EUNICE, en ningún momento de su vida, desde que el padre de su hijo los abandonó hace más de 13 años, ha intentado siquiera buscarlo, no sabe su paradero o residencia, y a punta de esfuerzo ha sacado su familia adelante.

Sobre el estado de salud de la progenitora de la enjuiciada, aunque el A quo indica que está en capacidad de velar y responder por su nieto mientras la madre purga la condena que le fue impuesta, olvida que quien trabajaba era MARIA EUNICE, que en los días que ha estado privada de su libertad en su domicilio, han sobrevivido por ayuda de vecinos y venta de alimentos en la puerta de su casa, pero aquellos no se van a hacer cargo de sus obligaciones, y si bien la abuela no padece una enfermedad letal y colabora con ventas de alimentos en su casa para ayudar a su hija y a su nieto, esto lo hace esporádicamente y con el apoyo de su hija, ya que estando sola no es capaz de realizar estas labores, y menos con solo una mano sana, debido a que la otra está lesionada y en tratamiento, con lo que se demuestra que no puede cumplir con el cuidado que un menor de 14 años requiere, quien necesita de la atención y protección de su madre.

Lo anterior, porque pese a que la abuela puede ayudar con cuidados dentro del hogar, también requiere atención y medios económicos para subsistir. Una persona de 69 años,

dice, no tiene la energía suficiente para estar pendiente de una criatura de esa edad, que tiene todas las bríos y está empezando a vivir, se encuentra en una de las edades más importantes - *la adolescencia*- y es ahí donde llegan los peligros de perder el rumbo de su vida y una adulta, de esa edad, no está en condiciones de cumplir con esas obligaciones y tampoco está en condiciones de trabajar para pagar todos los gastos del hogar, dados sus problemas de salud, por lo cual se hace necesario el apoyo y protección de su hija.

Insiste en que las enfermedades de la abuela, si bien no son de incapacidad permanente, sí requieren muchos cuidados y constancia en sus medicamentos, así como el acompañamiento a citas y exámenes médicos, pero para el A quo ello no es óbice para que cumpla con la protección del menor y de ella misma, cuando se probó con la historia clínica que padece diabetes mellitus no insulino dependiente, dislipidemia, hipertensión y EPOC, las cuales deben ser tratadas y requieren cuidado, más para una persona de 69 años.

Argumenta que no se analizó que una persona de esta edad, es rezagada, no tiene oportunidad de empleo, y aunque pueden realizar labores domésticas, esto no es sustento para sostener la familia, y cuidar a un menor en plena etapa de adolescencia, desprotegiéndose entonces con la decisión, a un menor y un adulto mayor, quienes tienen una protección constitucional reforzada, dejándolos en desamparo. Se trata de una persona de la tercera edad, en condiciones de desgaste, por sus enfermedades, que además padece una lesión producto de un accidente de tránsito, ya que fue arrollada por una motocicleta en el mes de enero de 2021,

PROCESO: 05001 60 00206 2021 05790

DELITO: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

PROCESADO: **MARÍA EUNICE GÓMEZ LEZCANO**

OBJETO: Apelación de sentencia.

DECISIÓN: **CONFIRMA**

ocasionándole fractura abierta de cubito y radio distal derecho, advirtiéndose en la historia clínica que ha seguido en tratamiento y terapias, mencionando igualmente en virtud de la pandemia a causa del COVID 19, debe ser tratada con sumo cuidado según la O.M.S.

Finalmente hace referencia a lo que son cada una de las enfermedades que presenta la madre de la procesada, para posteriormente concluir que dentro del expediente no existe un mínimo elemento que demuestre que el padre del menor brinda cuidado a su hijo, afirmando que el progenitor no cumplió con sus obligaciones y no se valoró el real estado de salud de la abuela del adolescente, quien no está en capacidad de velar por su nieto, existiendo deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia que puedan hacerse cargo de ambos.

Por lo expuesto, solicita revocar la decisión de primera instancia, y en su lugar, conceder la prisión domiciliaria a su representada.

SE CONSIDERA PARA DECIDIR

Somos competentes, conforme al artículo 34, numeral primero, de la Ley 906 de 2.004, para conocer de la presente apelación habida cuenta que la primera instancia fue agotada por el Juez Primero Penal del Circuito de Medellín, adscrito ese despacho a este Distrito Judicial.

La sustentación del disenso se realizó únicamente frente a la negativa de la primera instancia de conceder la sustitución de la prisión intramural por la domiciliaria a **MARÍA EUNICE GÓMEZ LEZCANO**, como madre cabeza de familia y por tanto será el

PROCESO: 05001 60 00206 2021 05790

DELITO: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

PROCESADO: **MARÍA EUNICE GÓMEZ LEZCANO**

OBJETO: Apelación de sentencia.

DECISIÓN: CONFIRMA

único tema para tratar por la Sala atendiendo el carácter rogado del recurso.

Así las cosas, el problema jurídico que esta Sala debe resolver se contrae en determinar si **MARÍA EUNICE GÓMEZ LEZCANO** puede ser beneficiada con la sustitución de la pena de prisión intramural por la domiciliaria, dada la condición de madre cabeza de familia que, se afirma por el recurrente, detenta.

Para tal efecto, se hará un recuento del desarrollo legal y jurisprudencial sobre el tema, para posteriormente realizar el análisis fáctico con el fin de establecer si con los anexos allegados por la defensa de la procesada, en la audiencia de individualización de la pena, se acreditó suficientemente su condición de madre cabeza de familia a la luz de los requisitos establecidos para su otorgamiento.

En punto a la definición de madre cabeza de familia, el artículo 2º de la Ley 82 de 1993, previo a la modificación del artículo 1º de la Ley 1232 de 2008, establecía lo siguiente:

ARTÍCULO 2. 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 cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.

PARÁGRAFO. Esta condición y la cesación de la misma, desde el momento en que ocurra el respectivo evento, deberá ser declarada por la mujer cabeza de familia de bajos ingresos ante notario, expresando las circunstancias básicas de su caso y sin que por este concepto se causen emolumentos notariales a su cargo.

Respecto de la condición de madre o padre cabeza de familia y los requisitos con los cuales se acredita, la Corte Constitucional se pronunció indicando:

PROCESO: 05001 60 00206 2021 05790

DELITO: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

PROCESADO: MARÍA EUNICE GÓMEZ LEZCANO

OBJETO: Apelación de sentencia.

DECISIÓN: CONFIRMA

“En efecto, para tener dicha condición, es presupuesto indispensable (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 permanente; (iii) no solo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquella se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental ó, como es obvio, la muerte; (v) 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.”, lo que en principio lleva a considerar la necesidad de que sea la madre quien deba permanecer a su lado.”¹

En el mismo sentido, en sentencia proferida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, con radicado 46277 del 31 de mayo de 2017, se consignó lo siguiente:

“Ha tenido oportunidad esta Sala de señalar², que la comprensión jurisprudencial de las condiciones para acceder a la prisión domiciliaria ha variado en el tiempo. Así, en principio, la Corte consideró suficiente, a partir de la interpretación sistemática de lo dispuesto en la Ley 750 de 2002 y de los artículos 314 y 461 de la Ley 906 de 2004, la acreditación de la condición de padre o madre cabeza de familia, sin necesidad de valorar los antecedentes del interesado ni la naturaleza del delito objeto de condena³.

Sin embargo, posteriormente, recogiendo ese criterio, y bajo el entendido que los artículos 314, numeral 5, y 461 de la Ley 906 de 2004 no derogaron los requisitos establecidos en el artículo 1 de la Ley 750 de 2002 en lo atinente a la figura de la prisión domiciliaria para la persona cabeza de familia, la Sala ha venido sosteniendo de manera pacífica que para su otorgamiento se requiere de la satisfacción concurrente de todas las condiciones previstas en esta norma, 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 penales⁴. Así se precisó:” – subrayas y negrilla propia-

Posteriormente, a través de la providencia con radicado 53.863 de 2019, dicha corporación fijó las reglas aplicables para decidir sobre la prisión domiciliaria especial para personas cabeza de familia:

¹ Sentencia SU 388 de 2005
² CSJ SP-10919-2015, 19 ago. 2015, rad. 45853.

³ CSJ SP, 26 jun. 2008, rad. 22.453.

⁴ CSJ SP, 22 jun. 2011, rad. 35943.

PROCESO: 05001 60 00206 2021 05790

DELITO: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

PROCESADO: MARÍA EUNICE GÓMEZ LEZCANO

OBJETO: Apelación de sentencia.

DECISIÓN: CONFIRMA

4.2.2.1. La definición de madre -o padre- cabeza de familia

“Al respecto, el art. 2º de la Ley 82 de 1993, modificado por el artículo 1º 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 relación con el punto, en sentencia con radicado 55.614 del 10 de junio de 2020, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, precisó:

*“De la literalidad de la ley se extrae que el carácter de cabeza de familia no sólo se adquiere cuando se tiene a cargo a hijos menores de edad. En efecto, el legislador previó expresamente la posibilidad de adquirir dicha calidad cuando esa relación de dependencia se presenta frente a **“otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar”**.*

Esta postura fue reiterada, en términos generales, en la sentencia SU-388 de 2005. Más puntualmente, en la sentencia T-200 de 2006, la Corte Constitucional concluyó que una de las demandantes era madre cabeza de familia por el hecho de tener a cargo (según las reglas allí establecidas) a su padre, dada la ancianidad y el precario estado de salud de éste. En el mismo sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido esa condición en situaciones en que mujeres están a cargo del cónyuge que padece una grave afectación mental (CSJ SP 12 feb. 2014, rad. 43.118)”

4.2.2.2. La regulación de la prisión domiciliaria para madres o padres cabeza de familia

“El artículo 1º de la Ley 750 de 2002,⁵ en punto de los requisitos para conceder la sustitución de la prisión, establece:

⁵ Norma declarada exequible por la sent. C-184 de 2003, en el entendido que el derecho puede ser concedido por el juez a los hombres que, de hecho, se encuentren en la misma situación que una mujer cabeza de familia.

PROCESO: 05001 60 00206 2021 05790

DELITO: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

PROCESADO: **MARÍA EUNICE GÓMEZ LEZCANO**

OBJETO: Apelación de sentencia.

DECISIÓN: **CONFIRMA**

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.*

(...)

*De la armonización de estas dos leyes se extrae que la prisión domiciliaria, bajo la modalidad de madre cabeza de familia, opera cuando la condenada tiene a cargo hijos menores, como también cuando constituye el **único soporte** de otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, bien por su edad o por problemas graves de salud. Lo anterior, siempre y cuando se verifiquen los requisitos consagrados expresamente en la norma que se acaba de transcribir.*

(...)

*Ante este panorama, se tiene claro que: i) la Ley 750 de 2002 permite el cambio de sitio de reclusión (domiciliaria en lugar de intramuros) cuando la mujer o el hombre es **la única persona a cargo del cuidado y la manutención** de sus hijos menores de edad, siempre y cuando se reúnan los puntuales requisitos previstos en la ley y desarrollados por la jurisprudencia y ii) el mismo beneficio puede otorgarse a la mujer que tenga la calidad de madre cabeza de familia respecto de **otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar**, que integren su núcleo familiar, bajo las limitaciones establecidas en la ley (valga la necesaria repetición).*

*De esta manera, quedaría por establecer si el beneficio en mención podría otorgarse cuando esas "otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar" dependen **exclusivamente** del procesado, al punto que éste, respecto de aquéllas, reúna los requisitos legales para ser catalogado como cabeza de familia."*

Pues bien, atendiendo los anteriores señalamientos, compete a la Sala determinar si **GÓMEZ LEZCANO** ostenta la condición de madre cabeza de familia, la que por su naturaleza demanda un trato excepcional y, si se quiere, más favorable,

PROCESO: 05001 60 00206 2021 05790

DELITO: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

PROCESADO: **MARÍA EUNICE GÓMEZ LEZCANO**

OBJETO: Apelación de sentencia.

DECISIÓN: **CONFIRMA**

en atención al interés superior del menor y de personas incapaces o incapacitadas para trabajar.

Para el efecto argumentó el defensor en el traslado del artículo 447 de la Ley 906 de 2004, que con los elementos que aportó, se da cuenta de la condición de madre cabeza de familia de su representada no solo respecto a su hijo menor, sino de su madre, quien tiene 69 años de edad, y padece enfermedades que le imposibilitan laborar y hacerse cargo de su nieto, en tanto el padre del adolescente nunca respondió por éste y no se conoce su paradero, siendo necesaria la presencia de su prohijada en el hogar para el sostenimiento familiar.

Expresa que las diferentes declaraciones que allega, dan cuenta que **MARÍA EUNICE**, es quien responde por su madre y su hijo, está pendiente de ellos en todo momento y no hay otras personas que puedan hacerse cargo, pues el otro hijo de Rosa Angélica se encuentra privado de la libertad conforme a sentencia condenatoria, lo que claramente le impide responder por la familia, por lo que se cumple con los presupuestos establecidos para el reconocimiento de la condición de madre cabeza de familia de su prohijada.

Para soportar su solicitud allegó los siguientes documentos:

- Registro civil de nacimiento del menor Juan Felipe Castañeda Gómez, nacido el 20 de septiembre de 2006, donde figura **MARÍA EUNICE GÓMEZ LEZCANO** como madre y Julio César Castañeda Vásquez como padre, menor que tiene 15 años actualmente.
- Certificado de la Institución Educativa Alfonso Mora Naranjo, donde se destaca que Juan Felipe Castañeda Gómez, hijo de la procesada, cursa grado octavo de educación básica y que su acudiente es **MARÍA EUNICE GÓMEZ LEZCANO**.

PROCESO: 05001 60 00206 2021 05790

DELITO: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

PROCESADO: **MARÍA EUNICE GÓMEZ LEZCANO**

OBJETO: Apelación de sentencia.

DECISIÓN: **CONFIRMA**

- Declaración de María Ximena Molina, adiaada 25 de marzo de 2021, elaboradaa mano, firma manuscrita y huella que plasma, en la que indica que MARIA EUNICE GOMEZ LEZCANO es madre cabeza de familia y responsable de su mamá Rosa Angélica Lezcano y de su hijo menor de edad Juan Felipe Castañeda, y que trabaja en oficios varios.
- Declaración de Sergio Andrés Mora Martínez, 17 de junio de 2021, quien manifiesta conocer hace más de 9 años a **MARÍA EUNICE LEZCANO** y su núcleo familiar conformado por Rosa Angélica Lezcano de Gómez (madre), y Juan Felipe Castañeda Gómez (hijo), en Campo Valdés, Carrera 49A No. 82 – 65, quienes dependen completamente de la sentenciada, afectiva, económica y socialmente; que por el conocimiento personal asegura y confirma que la familia de la señora MARIA EUNICE depende completamente (salud y educación), afectivamente, económica y socialmente, en forma permanente de ella; que desde el momento que conoce a MARIA EUNICE, ha demostrado ser una persona integra, su relación con la familia y la comunidad ha sido responsable y respetuosa manteniendo siempre una cercanía con la familia, que es dedicada y responsable y su núcleo familiar depende 100% de ella; que siempre ha sido muy berraca, ha logrado sacar su hijo menor adelante sola y a su mama que es una señora muy enferma, no le conoce más familia y ella siempre pide colaboración para los alimentos, ha visto como les lleva todo lo que se gana, incluso ha dejado de comer por mejor llevarle comida a ellos, son humildes pero cuando necesitan su ayuda con algo, también se ofrecen con lo poco que tienen.
- Declaración de María Ximena Molina Arguelles del 17 de junio de 2021, en la que afirma que conoce desde hace 2 años a la señora MARIA EUNICE LEZCANO y a su núcleo familiar conformado por Rosa Angelica Lezcano de Gómez (madre) y Juan Felipe Castañeda Gómez (hijo), en Campo Valdés, carrera 49 A N, 82-65, quienes económicamente dependen completamente de ella, que por el conocimiento personal asegura y confirma que la familia de la señora MARIA EUNICE depende completamente (salud y educación), afectivamente, económica y socialmente, en forma permanente de ella, porque no tienen otros familiares que puedan cuidar de su madre e hijo menor, asimismo que no se sabe el paradero del padre de la menor y que desde el momento que conoce a MARIA EUNICE, ha demostrado ser una persona integra, su relación con la familia y la comunidad ha sido responsable y respetuosa manteniendo siempre una cercanía con la familia, que es dedicada y responsable y su núcleo familiar depende 100% de ella, se ve como una persona que se preocupa mucho por la salud de su madre y por el bienestar de sus hijos. Además, que su madre e hijo viven con muchas dificultades debido a que desde que la conoce, MARIA ha venido en una racha negativa, con dificultades para conseguir empleo.
- Declaración de Gleiber Arenas Ramos del 17 de junio de 2021, en la que afirma que conoce desde hace 4 años a la señora MARIA EUNICE LEZCANO y a su núcleo familiar conformado por Rosa Angelica Lezcano de Gómez (madre) y Juan Felipe Castañeda Gómez (hijo), en Campo Valdés, carrera 49 A N, 82-65; que por el conocimiento personal asegura y confirma que la familia de la señora MARIA EUNICE depende completamente (salud y educación), afectivamente, económica y socialmente, en forma permanente de ella; que desde el momento que conoce a MARIA EUNICE, ha demostrado ser una persona integra, su relación con la familia y la comunidad ha sido responsable y respetuosa manteniendo siempre una cercanía con la familia, que es dedicada y responsable y su núcleo familiar depende 100% de ella, se ve como una persona que se preocupa mucho por la salud de su madre y por el bienestar de sus hijos; que es vecino cercano de ella y ha tenido que ver cómo ha tratado de salir

PROCESO: 05001 60 00206 2021 05790

DELITO: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

PROCESADO: **MARÍA EUNICE GÓMEZ LEZCANO**

OBJETO: Apelación de sentencia.

DECISIÓN: CONFIRMA

adelante a pesar de que las circunstancias sean complicadas para ella, como trata de llevar el sustento a su casa para que su madre e hijo no les falte nada, ha visto como ha tenido que pedir comida para no pasar hambre y le ha brindado la mano con lo que ha podido.

- Declaración de Luisa Fernanda Baena Taborda, del 17 de junio de 2021, en la que afirma que conoce desde hace más de 15 años a la señora MARIA EUNICE LEZCANO y a su núcleo familiar conformado por Rosa Angelica Lezcano de Gómez (madre) y Juan Felipe Castañeda Gómez (hijo), en Campo Valdés, carrera 49 A N, 82-65, que por el conocimiento personal asegura y confirma que la familia de la señora MARIA EUNICE depende completamente (salud y educación), afectivamente, económica y socialmente, en forma permanente de ella; que desde el momento que conoce a MARIA EUNICE, ha demostrado ser una persona integra, su relación con la familia y la comunidad ha sido responsable y respetuosa manteniendo siempre una cercanía con la familia, que es dedicada y responsable y su núcleo familiar depende 100% de ella, se ve como una persona que se preocupa mucho por la salud de su madre y por el bienestar de sus hijos; que toda la vida la ha conocido porque ha sido muy cercana a su familia, siempre ha luchado por sacar a su familia adelante haciendo oficios en casas, en empresas y otras actividades, y que la madre y el hijo siempre están con ella porque son lo único que tienen, uno al otro, siempre han sido muy humildes y buenas personas.
- Copia de la cédula de ciudadanía **de** Rosa Angelica Lezcano de Gómez, nacida el 18 de octubre de 1951.
- Declaración de Rosa Angelica Lezcano de Gómez, del 17 de junio de 2021, en la cual donde sostiene que vive hace más de 40 años con su hija **MARÍA EUNICE GÓMEZ LEZCANO** y con su nieto menor Juan Felipe Castañeda Gómez; que desde hace muchos años se le ha dificultado trabajar por todos sus problemas de salud, entre los que menciona hipertensión, diabetes y colesterol; y que a la fecha se encuentra pendiente de una cirugía de muñeca porque se cayó el 1 de enero del año que transcurre y se quebró la mano, entonces está a la espera de otra cirugía que le autorizó el SISBEN, además, que tiene osteoporosis por lo que sus huesos son muy frágiles, y lentos en toda la recuperación, que va a cumplir 70 años y ayuda a su hija en la casa para que ella pueda trabajar y sostenerlos. Afirma que solo son ellas, por lo que desde que su hija cometió el error por el desespero de ver su otro nieto en la situación en la que esta, han presentado más necesidades, porque es lo que hagan en la casa sacando unas ventitas en la puerta, de donde recogen para pagar el arriendo, que con lo de los vecinos, conocidos y el bono nutricional del niño, se alimentan y así se van yendo.
- Historia clínica del hospital San Vicente Fundación, fecha de registro 2 de enero de 2021, figura con estado civil viuda, ocupación y oficio ama de casa, como enfermedad actual se indica, paciente femenina de 69 años, con antecedentes de HTA y DM, sin requerimiento de insulina. Ingresó luego de presentar accidente de tránsito en calidad de peatón contra motocicleta. Después de esto paciente recibe trauma en hemicuerpo derecho con trauma principal a nivel de la mano derecha. Posteriormente con deformidad evidente a nivel de la muñeca con dos heridas al mismo nivel. DIAGNOSTICO DE INGRESO Y PLAN: fractura de antebrazo en parte no especificada. Diabetes mellitus no insulino dependiente, sin mención de complicación. Hipertensión esencial primaria. PLAN DE EGRESO del 7 de enero de 2021. En la historia

PROCESO: 05001 60 00206 2021 05790

DELITO: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

PROCESADO: MARÍA EUNICE GÓMEZ LEZCANO

OBJETO: Apelación de sentencia.

DECISIÓN: CONFIRMA

clínica se mencionan antecedentes de EPOC, DISLIPIDEMIA, TABAQUISMO PESADO. HIPERTENSION ARTERIAL. DIABETES MELLITUS.

- Historia clínica por consulta externa, fechada 20 de mayo de 2021, Hospital la María, donde alude a cuatro meses de terapia, fractura del radio derecho, prestación de servicios por algún tipo de parestesia, ordenándole varias atenciones como consulta de control o seguimiento por especialista en ortopedia y traumatología, cuya fecha no se logra visualizar, salvo que dice 2021; electromiografía en cada extremidad, uno o más músculos, con fecha no visible; neuroconducción y consulta por primera vez por especialista en medicina interna, al parecer del 20 de mayo de 2021 dado que se ve borrosa; autorización de servicios de salud de fecha 2021, al parecer del 07/01, consulta por primera vez, especialista en medicina interna, anexo técnico número.
- En relación con Yeison Stiven Gómez Lezcano se aporta: comunicación del Juzgado 29 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Medellín a la Estación de Policía de Aranjuez aludiendo a la condena impuesta en que se negaron subrogados penales e instando al cumplimiento de la pena intramural; y sentencia del 2 de julio de 2021, emitida por la anterior autoridad judicial, por los delitos de Hurto Calificado y Agravado, Falsedad Marcaria y Concierto para Delinquir, conocido el sentenciado como alias “pollo”, hijo de Martha Eunice, afirmándose que era el encargado de planear y ejecutar hurtos como integrante del grupo delincuencia los conejos.

Lo primero que debemos advertir, es que ha sido criterio de la Sala Mayoritaria de decisión, la posibilidad de valorar el contenido de los documentos que se aportan para respaldar las peticiones que se hagan, entre ellos las declaraciones extrajudicio y demás elementos materiales probatorios o evidencia física con que se cuente, y así se ha hecho, admitiendo su incorporación en el traslado del artículo 447 del C.P.P.

Ahora bien, sin duda los documentos que fueron aportados por el defensor tienen la naturaleza de privados, pues no se trata de declaraciones extrajudicio rendidas ante un funcionario público, con su intervención y en ejercicio de su cargo, sin embargo, son documentos privados, cuya admisibilidad no está prohibida por el legislador.

Frente a este tipo de elementos cognoscitivos el profesor Heliodoro Fierro Méndez, en su obra *La prueba en el derecho penal*, indicó:

PROCESO: 05001 60 00206 2021 05790

DELITO: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

PROCESADO: MARÍA EUNICE GÓMEZ LEZCANO

OBJETO: Apelación de sentencia.

DECISIÓN: CONFIRMA

“Frente a los documentos privados que se llevan a juicio, elaborados por la parte que los aduce o por un tercero, con la finalidad de hacerlos valer en perjuicio de la contraparte, pueden ocurrir tres situaciones: i) Que la parte contra la cual se aducen los acepte como auténticos; en este caso el tema no tiene discusión y el mérito que pudiere concederse al contenido del documento se determina en la sentencia. ii) Que la parte contra la cual se aducen impugne su autenticidad; en este evento puede utilizarse cualquier medio probatorio o método adicional para dirimir el punto dentro del mismo debate; iii) Que la parte contra la cual se aducen guarde silencio, hipótesis en la que la autenticidad como tema especial no tiene discusión y todo queda reducido a un aspecto valorativo o persuasorio de los documentos”⁶

De esta manera, consideramos, la apreciación del contenido de un documento privado, depende del ejercicio valorativo que realice cada funcionario judicial, y debemos de indicarlo desde ya, que pese a que las declaraciones que se aportaron estaban contenidas en unos documentos realizados en un mismo formato, y algunas de las expresiones vertidas en ella son iguales, también lo es que no hay total identidad, y aún si así fuera, estimamos pueden ser objeto de análisis, sin que se pueda presumir la falsedad de su contenido por el hecho de que se evidencie que la intención de quienes las suscribieron fuera favorecer a la enjuiciada, sobre todo cuando no se objetó su contenido por ninguna de las partes o intervinientes, para afirmar que no habían sido suscritas por quien las firmó o que lo allí contenido no era digno de credibilidad.

Precisamente, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en providencia con radicado 52.226 del 26 de junio de 2019, precisó que las partes pueden presentar elementos materiales probatorios con el fin de determinar el correcto equilibrio de la sanción penal a aplicar:

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 21 de febrero de 2007, radicación 25920.

PROCESO: 05001 60 00206 2021 05790

DELITO: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

PROCESADO: MARÍA EUNICE GÓMEZ LEZCANO

OBJETO: Apelación de sentencia.

DECISIÓN: CONFIRMA

« (...) en la audiencia de individualización de pena y sentencia el juez concederá la palabra tanto al fiscal como a la defensa "para que se refieran a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable", quienes "si lo consideran conveniente podrán referirse a la probable determinación de la pena aplicable y la concesión de algún subrogado", **no niega la posibilidad a las partes para que puedan aducir los elementos probatorios o evidencia física con que cuenten para respaldar sus planteamientos.**»⁷.

El recurrente cuestiona que el A quo omitió realizar labores tendientes a verificar el contenido de dichos documentos, conforme al artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, debemos indicar que el inciso segundo del artículo 447 de la Ley 906 de 2004 dispone:

«Si el juez para individualizar la pena por imponer estimare necesario ampliar la información a que se refiere el inciso anterior, podrá solicitar a cualquier institución pública o privada, la designación de un experto para que este, en el término improrrogable de diez (10) días hábiles, responda su petición.»

De esta manera, la norma prevé una potestad dada al juzgador y para los efectos, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en providencia con radicado 41712 del 24 de febrero de 2016, estableció que la iniciativa probatoria en esta instancia procesal corresponde principalmente a las partes, las cuales pueden solicitar la introducción de elementos de juicio para respaldar sus planteamientos con respecto a: « (...) a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable, quienes "si lo consideran conveniente podrán referirse a la probable determinación de la pena aplicable y la concesión de algún subrogado"»

En la misma jurisprudencia anteriormente relacionada, se estableció que el artículo 447 de la Ley 906 de 2004 autoriza

⁷ Cfr. CSJ. SP. de 3 de septiembre de 2014, Rad. 33409.

PROCESO: 05001 60 00206 2021 05790

DELITO: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

PROCESADO: **MARÍA EUNICE GÓMEZ LEZCANO**

OBJETO: Apelación de sentencia.

DECISIÓN: **CONFIRMA**

al juez para ampliar la información dada por los sujetos procesales. No obstante, la Corte no ha convertido dicha facultad en una carga procesal para el fallador; simplemente, ha resaltado que no se trata de una prohibición, ni le está vedado a este último determinar las condiciones concretas del acusado en un caso particular por lo que no puede echarse mano de ese argumento para cuestionar la decisión como si se tratara de una especie de carga del funcionario que, de no cumplirse, generara unas consecuencias jurídicas.

Ahora bien, teniendo entonces por válido que era viable la incorporación de dichos documentos, deberá analizarse la normatividad aplicable, para efectos de la concesión de la prisión domiciliaria como madre cabeza de familia a **GÓMEZ LEZCANO**, esto es, **es** el artículo 1 de la Ley 750 de 2002 que por su pertinencia se transcribe:

ARTÍCULO 1o. 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.

(...)" – negrilla de la Sala-

En virtud de lo expuesto, a partir de los documentos que fueron allegados por la defensa, se deberá evaluar si

PROCESO: 05001 60 00206 2021 05790

DELITO: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

PROCESADO: **MARÍA EUNICE GÓMEZ LEZCANO**

OBJETO: Apelación de sentencia.

DECISIÓN: **CONFIRMA**

se cumplen los requisitos reseñados para el otorgamiento de la sustitución intramural por la domiciliaria a la señora **MARÍA EUNICE GÓMEZ LEZCANO**.

Para la Sala, no existe duda que la sentenciada cumple con el primero de los requisitos por cuanto su desempeño personal, laboral y familiar, permite inferir que no colocará en riesgo a la comunidad ni al menor a su cargo, pues de acuerdo con las declaraciones contenidas en los documentos que fueron allegados, es una persona responsable que vela por las obligaciones alimentarias de su hijo y su madre, en la medida de sus posibilidades, no tiene antecedentes penales, trabajadora y es cumplidora de sus obligaciones.

En cuanto al delito por el que fue juzgada, no se encuentra entre los prohibidos por la ley 750 de 2002 y no tiene antecedentes penales, lo que haría viable la concesión de la prisión domiciliaria, sin embargo, las dudas que surgen en este caso, es de si efectivamente ostenta o no la condición de madre cabeza de familia, cuyos requerimientos son los siguientes:

- (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 permanente;
- (iii) no solo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquella se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre;
- (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental ó, como es obvio, la muerte;
- (v) 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.", lo que en principio lleva a considerar la necesidad de que sea la madre quien deba permanecer a su lado.

PROCESO: 05001 60 00206 2021 05790

DELITO: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

PROCESADO: **MARÍA EUNICE GÓMEZ LEZCANO**

OBJETO: Apelación de sentencia.

DECISIÓN: **CONFIRMA**

De esta manera, advierte esta Colegiatura que en el presente evento, luego de analizar la documentación allegada, si bien es cierto **GÓMEZ LEZCANO** es madre de un adolescente, y también se hace cargo de su progenitora, quien cuenta a la fecha con 70 años de edad, y conforme a la declaración vertida por Rosa Angélica Lezcano de Gómez y la historia clínica que fue aportada, padece de quebrantos en su salud, no por ello podemos afirmar que esta ciudadana se encuentra incapacitada para prodigar los cuidados que su nieto, de 15 años de edad para este momento, requiere, como tampoco seguir haciendo de la venta de alimentos en su propia casa, una fuente de ingresos para sufragar sus necesidades básicas.

Lo anterior, porque no es lo mismo tener a su cargo un infante que un adolescente, y no se ventiló una situación que haga incapaz a la abuela de ofrecer al menor los cuidados que necesita en esta etapa de su vida, esto es, el apoyo emocional para salir adelante, y precisamente será éste dada su edad – 15 años – quien bien puede ayudar a la señora ROSA ANGELICA LEZCANO, al menos en las labores del hogar, dados los padecimientos que esta dice tener, en especial el derivado del accidente de tránsito que le ocasionó una fractura.

Por ello, al margen de la situación que se presente con el padre del menor, de quien solo se indicó por María Ximena Molina Arguelles, que no se sabía su paradero; pues más allá de las acciones legales que la madre o la abuela puedan emprender para lograr que cumpla con las obligaciones que tiene como padre del menor, realmente ello sería muy especulativo, en especial, si se tiene en

PROCESO: 05001 60 00206 2021 05790

DELITO: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

PROCESADO: **MARÍA EUNICE GÓMEZ LEZCANO**

OBJETO: Apelación de sentencia.

DECISIÓN: **CONFIRMA**

cuenta que se desconoce el lugar donde se encuentra, sin embargo, lo cierto, es que este núcleo familiar, pese a lo importante que pueda ser la presencia de **MARIA EUNICE GÓMEZ LEZCANO**, está integrado también por Rosa Angélica Lezcano, quien si bien, a no dudarlo, es una persona ya entrada en años, con algunas enfermedades, no por ello puede predicarse una discapacidad o incapacidad, que le impida velar por ella y su nieto, mientras su madre purga la pena que le fue impuesta.

Así las cosas, estimamos, no se cumple con el requisito de tener a su exclusivo cargo la responsabilidad del menor, en tanto la señora **MARÍA EUNICE GÓMEZ LEZCANO**, cuenta con el apoyo de su madre, quien deberá hacerse cargo de su nieto y ella misma, mientras la madre cumple la pena de prisión intramural que le fue impuesta.

En consideración a ello, se debe confirmar la decisión de primera instancia, por cuanto no se cumple la totalidad de los requisitos establecidos para el otorgamiento de la prisión domiciliaria como madre cabeza de familia a **MARÍA EUNICE GÓMEZ LEZCANO**, dada la presencia de la abuela materna en el hogar.

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

F A L L A

PRIMERO: CONFIRMAR el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia emitida el (15) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), por el Juez Primero Penal del Circuito de

PROCESO: 05001 60 00206 2021 05790

DELITO: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

PROCESADO: **MARÍA EUNICE GÓMEZ LEZCANO**

OBJETO: Apelación de sentencia.

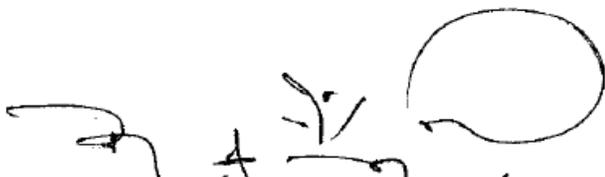
DECISIÓN: **CONFIRMA**

Medellín, en el sentido de negar a la señora **MARÍA EUNICE GÓMEZ LEZCANO**, la prisión domiciliaria como madre cabeza de familia.

SEGUNDO: Esta sentencia de segunda instancia se notifica en estrados y contra ella procede el recurso de casación que deberá interponerse en la forma y términos previstos en el artículo 183 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 98 de la Ley 1395 de 2010 y demás normas concordantes.

La lectura del fallo, conforme lo permite el artículo 164 de la Ley 906 de 2004, fue delegada en forma expresa por la Sala al Magistrado Ponente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ
Magistrado



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ
Magistrado

MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS
Magistrado
- Ausente con justificación -