

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellín

SALA PENAL

Radicado: 050016000248 2017-02810

Procesado: Luisa Fernanda Cortés Gaviria

Delito: Concierto para delinquir agravado en concurso con tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado

Decisión: Confirma

Magistrado Ponente: Gabriel Fernando Roldán Restrepo

Acta N° 64

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

Sala Décima de Decisión Penal

Medellín, siete (7) de junio de dos mil veintitrés (2023)

1.- VISTOS

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensora contra la sentencia condenatoria proferida el 26 de abril de 2023 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Medellín, a través de la cual, condenó a Luisa Fernanda Cortés Gaviria a la pena principal de 63 meses de prisión, multa de 1354 SMLMV e inhabilitación de derechos y funciones públicos por el mismo lapso de la pena principal, al hallarla penalmente responsable de la comisión del delito de concierto para delinquir agravado en concurso con tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado. No le fue concedida la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni la prisión domiciliaria por expresa prohibición legal.

2.-ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL

Los hechos fueron narrados en la sentencia de primera instancia en los siguientes términos:

“De los actos investigativos realizados por la Fiscalía, se estableció que desde junio de 2016 un grupo de personas que cuenta con una estructura jerarquizada, adscrita a la

GDO La terraza, se dedicaban al tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, con injerencia en la comuna 10 de esta ciudad, se focalizaron entre la carrera 51 (viaducto), calles 52 y 58; carrera 52 (Carabobo), entre las calle 54 entre la Avenida de Greif (calle 56), sector El Bronx, Alhambra, Tejelo, sitios aledaños al Museo de Antioquia, Palacio de la Cultura Rafael Uribe Uribe, Clínica CES y la Biblioteca Pública de Empresas Públicas de Medellín, integrantes se concertaron específicamente para comercializar cocaína y sus derivados, cannabis y sus derivados, drogas sintéticas. A dicha organización delincriminal se identificó que pertenecieron Rodrigo Alonso Salar Mena, como el líder de la organización; encargado de disponer los turnos en los lugares de expendio, Alexander Mesa Ochoa surtía las drogas sintéticas en los puntos de venta y recogía los dineros producto de las ventas, Otosolín Sánchez Montoya Intendente de la Policía Nacional adscrito al 123, monitorear las cámaras de seguridad en la Comuna 10 de la Candelaria y daba aviso de la actividad policial en esos lugares facilitando la venta de sustancias alucinógenas, Gloria Estella Tabares Orozco, Brayan Alberto Toro Tabares, Diana Carolina Meneses Hernández y Judy Andrea Toro Durango almacenaban, empacaban, marcaban y dosificaban la cannabis y sus derivados y la cocaína y sus derivados, después la trasportaban hasta los puntos de venta. Por su parte, Cristián Hurtado Colonia, Álvaro De Jesús Gómez Ramírez, Luis Alberto Bernal Miranda y otros, vendían la sustancia ilegal.

Específicamente, LUISA FERNANDA CORTÉS GAVIRIA entre junio y noviembre de 2018, transportó estupefacientes desde la casa de Gloria Estella Tabares Orozco hasta los puntos de venta ubicados en el Centro de Medellín. También fue vendedora en las plazas de vicio que le asignaran, les reportó a los líderes de la organización la captura en situación de flagrancia de expendedores y en otras ocasiones, dosificó y marcó la sustancia prohibida, para luego transportarla y entregarla a los vendedores.

Se demostró además, que el 13 de noviembre de 2018 a las 16:37 horas, cuando transitaba por la calle 54 con carrera 54 sector Juanambú con Rojas Pinilla, sitio aledaño al Museo de Antioquia, Parque de las Esculturas de Botero, Museo de la Cultura Rafael Uribe Uribe, llevaba para comercializar en una bolsa plástica diez (10) bolsas transparentes con sello hermético y banda roja que en su interior contenían sustancia en polvo color blanco con olor y características similares a la cocaína, que después de la prueba preliminar homologada arrojó un peso neto de cinco (5,0) gramos positivo para cocaína y sus derivados. También portaba diez (10) pastillas de Sedatril Clonazepam 2 mg, en un peso neto de 1.7 gramos positivo para Clonazepam (C01PrimerInstancia / 012SolicitudEscritoAcusacion / Fl. 01-10).”

El 8 de septiembre de 2022 ante Juez de Control de Garantías, se adelantaron las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, endilgándose a Luisa Fernanda Cortés Gaviria la presunta comisión del delito de concierto para delinquir agravado en concurso con tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado -artículos 340 inc. 2, 376 inc. 2 y 384 N° 1 literal B de la Ley 599 de 2000-; no hubo allanamiento a cargos y se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en su lugar de residencia.

La actuación correspondió por reparto al Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Medellín, y cuando se disponían a efectuar la audiencia de formulación de acusación se informó de la realización de un preacuerdo, por el cual, la procesada acepta la comisión de los delitos imputados y a cambio se degrada su participación de autora a cómplice, pactándose una pena de 63 meses de prisión y multa de 1354 SMLMV. Dicha negociación fue verificada y aprobada por el juez de instancia.

Seguidamente, se llevó a cabo la audiencia de individualización de pena, donde las partes se pronunciaron, indicando:

La fiscal se refirió a la improcedencia de la concesión de beneficios y subrogados penales por expresa prohibición legal, debiéndose purgar la sanción establecimiento carcelario. En igual sentido, la delegada del ministerio público se refirió a las prohibiciones del artículo 68A del CP, y a que no se presentan en este evento condiciones especiales que la hagan merecedora de un tratamiento diferenciado.

Y la defensora, pidió el otorgamiento de la prisión domiciliaria como madre cabeza de familia, debido a que tiene una hija de 3 años que depende económicamente de ella, ya no pertenece a la banda criminal, no ha vuelto a delinquir y tiene deseo de emprender como comerciante; además, la menor no cuenta con núcleo familiar extenso y los hechos sucedieron antes del nacimiento de esta.

3.-DECISIÓN RECURRIDA

Con fundamento en la aceptación de cargos, vía preacuerdo, el juez una vez hizo alusión a los hechos, a la actuación procesal y valoración de las pruebas, declaró penalmente responsable a Luisa Fernanda Cortés Gaviria por el delito de concierto para delinquir agravado en concurso con tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado -artículos 340 inc. 2, 376 inc. 2 y 384 N° 1 literal B de la Ley 599 de 2000- imponiéndole una pena de 63 meses de prisión, multa de 1354 SMLMV y la accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso. No le fue concedida la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni la prisión domiciliaria expresa prohibición legal.

Respecto a la condición de madre cabeza de familia indicó que, de acuerdo a lo aportado por la defensora que sustenta el buen comportamiento social y familiar de la procesada y que actualmente es comerciante, también se advirtió el formato de

matrícula de Buen Comienzo del 18 de enero de 2023, así como el Registro Civil de Nacimiento de la menor de 3 años de edad, que evidencian que si bien la niña se encuentra a su cargo, también tiene a su padre Jonatan Andrés Legarda Rodríguez quien reside con estas, y se consignó que: *“cuenta con una red de apoyo para el cuidado de la niña (...)”*.

Por lo tanto, probada la existencia de la figura paterna se elimina el factor de desprotección exigido por la ley, esto es, aunque la procesada es la progenitora de MLC y actualmente vela por su sostenimiento económico siendo la encargada de la crianza, esta no es razón suficiente para aseverar que es madre cabeza de familia, pues no se estableció que en su ausencia estuviera en riesgo de abandono, desamparo e indefensión irremediable, que amerite el otorgamiento del beneficio, en tanto se itera, Jonatan Andrés Legarda Rodríguez es el papá de la menor, reside en el núcleo familiar y no se demostró que se encuentre en situación de discapacidad que le impida el cumplimiento de su rol.

4.-SUSTENTACION DE LA APELACIÓN Y PRONUNCIAMIENTO DE LOS NO RECURRENTES

4.1.- La defensora centró su inconformidad en la negativa de la prisión domiciliaria como madre cabeza de familia, al considerar que esta fue sustentada en la prevalencia de los derechos de la menor, quien quedaría desprotegida sin su madre, y por el principio de favorabilidad de la Ley 906 de 2004.

Resaltó que si bien es cierto los delitos endilgados no permiten el cumplimiento de los requisitos objetivos para la concesión de subrogados, también lo es que fueron cometidos por un periodo corto de 5 meses, esto entre junio y noviembre de 2018, además, su prohijada colaboró con la justicia, y ha mostrado su intención de resocialización y adecuado desempeño social.

Mencionó que su representada procura mantener una actividad lícita para su sustento y el de su hija, esto como comerciante al menudeo de producto avícolas, acuícolas, pesqueros y otros por venta de catálogos, lo que evidencia su interés de permanecer al margen de actividades delictivas.

Indicó que se debe tener en cuenta que la menor requiere la atención y protección de su madre, pues esta es la encargada de su cuidado personal,

manutención y demás esferas que componen su desarrollo integral, así mismo, no solo debe valorarse su condición de madre biológica sino otros presupuestos como la situación familiar, social y laboral.

Advirtió que en el formato de matrícula de Buen Comienzo figura que el adulto responsable de MLC es Luisa Fernanda Cortés Gaviria y se mencionó a Jonatan Andrés Legarda Rodríguez por su ser su progenitor, pero aclara que no conviven juntos y solo dio sus datos por no tener los de él, entonces, el hecho de que sea su papá no significa que le brinde apoyo y nunca inició un proceso de alimentos contra este dado que con su trabajo podía mantener a su hija.

Manifestó que si su poderdante matriculó a la niña MLC al programa de Buen Comienzo, lo hizo por el hecho que, desde cuando está privada de la libertad, se le ha complicado la consecución de dinero para la subsistencia básica, y el programa ofrece varias comidas al día (desayuno, refrigerio mañana, almuerzo y refrigerio tarde). Adicionalmente, que cuando relacionó personas del hogar, colocó 3 debido a que ella estaba encargada de ayudar a su madre, Tatiana Gaviria, por su situación de salud.

Finalmente, indicó que se debe examinar que tiene arraigo territorial estable, cumple con la detención domiciliaria sin contra tiempo, y no existe familia extensa que pueda velar por la menor, así mismo, y de ser necesario, debe inspeccionarse el lugar de domicilio y comprobar las condiciones de vida y vecindad de la procesada.

Solicitó se conceda a su prohijada la prisión domiciliaria como madre cabeza de familia.

5.- CONSIDERACIONES

Es competente la Colegiatura para conocer del asunto sometido a estudio, acorde con lo normado en el artículo 33 numeral 1 de la Ley 906 de 2004, y salvo el control de validez de la actuación, rige la justicia rogada; por ende, el tema objeto de apelación impone el límite del pronunciamiento que realizará la Sala.

El desacuerdo planteado por la defensora se centra en la prisión domiciliaria, como madre cabeza de familia, a Luisa Fernanda Cortés Gaviria, veamos:

El concepto de madre - padre cabeza de familia está definido en el artículo 1 de la Ley 1232 de 2008, que modificó el artículo 2 de la Ley 82 de 1993, así:

“ARTÍCULO 1o. El artículo 2 de la Ley 82 de 1993 quedará así:

(...) 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, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.”

Frente a esta definición, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia acogió lo explicado por la Corte Constitucional en sentencia SU-388 de 2005, indicando que dicha figura involucra los siguientes elementos:

“...[p]ara 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 sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla 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 o, 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.¹

De allí que el mismo tribunal constitucional puntualizara que en materia de carga probatoria, corresponde demostrar a quien reclama la condición de padre cabeza de familia:

(i) Que sus hijos propios, menores o mayores discapacitados, estén a su cuidado, que vivan con él, dependan económicamente de él y que realmente sea una persona que les brinda el cuidado y el amor que los niños requieran para un adecuado desarrollo y crecimiento; que sus obligaciones de apoyo, cuidado y manutención sean efectivamente asumidas y cumplidas, pues se descarta todo tipo de procesos judiciales y demandas que se sigan contra los trabajadores por inasistencia de tales compromisos. (ii) Que no tenga alternativa económica, es decir, que se trate de una persona que tiene el cuidado y la manutención exclusiva de los niños y que en el evento de vivir con su esposa o compañera, ésta se encuentre incapacitada física, mentalmente o moralmente, sea de la tercera edad, o su presencia resulte totalmente indispensable en la atención de hijos menores enfermos, discapacitados o que médicamente requieran la presencia de la madre²

Entonces, dentro de los presupuestos que se deben acreditar, se encuentra que la sentenciada tenga de manera exclusiva a su cargo, el cuidado del menor o menores a quienes se pretende proteger, esto es, que como consecuencia de su privación de la

¹ Corte Constitucional, sentencia SU – 388 de 2005.

² CSJ. Sala Penal. Sentencia del 31 de mayo de 2017, radicado SP7752-2017, 46.277. MP. Patricia Salazar Cuellar

libertad y ante la ausencia de pareja o de otros miembros del núcleo familiar, los menores o incapaces que están bajo su custodia, protección y manutención, quedan sumidos en el desamparo o abandono.

En este caso, la defensora de Luisa Fernanda Cortés Gaviria, a fin de soportar su pretensión y sustentar dicha condición, aportó:

- a) Constancia del 30 de agosto de 2022, expedida por la Pastora de la Congregación Iglesia Esperanza de Vida Robledo, de que la acusada cursó el programa de psicología en los semestres segundo del año 2018 y primero del 2019.
- b) Formulario Único de Registro Tributario.
- c) Certificado del 25 de agosto de 2022 de la ESE Hospital La María, según el cual Shirley Tatiana Gaviria Lopera estuvo internada desde el 1 de julio de 2022.
- d) Registro civil de la menor MLC con fecha de nacimiento 30 de marzo de 2020.
- e) Facturas de las empresas Carmel, Novaventa y Pacifika por compra de mercancía.
- f) Constancia del 31 de agosto de 2022, del Grupo Delipollo indicando que la procesada es su cliente desde el 21 de febrero de 2022. Adjunta facturas y pedidos.
- g) Orden de compra Bioteq del 25 de febrero de 2020.
- h) Contrato servicios públicos.
- i) Formato de matrícula de Niñas y Niños Buen Comienzo, del 18 de abril de 2023, que contiene los datos generales de la menor, información del domicilio, del padre y otros.

Se resalta que se consignó que la encargada del cuidado de la menor era su madre Luisa Fernanda Cortés Gaviria, su familia se encuentra compuesta por 3 personas, su papá es Jonatan Andrés Legarda, aparece el mismo domicilio de la niña y su mamá, e igualmente, se menciona que cuentan con red de apoyo y que no se considera madre cabeza de familia.
- j) Cartas de recomendación personal del 8 de marzo de 2023, en la que Darío de Jesús Orrego se refirió al comportamiento de la procesada.

Es de anotar, además, que al escrito de apelación se adjuntó:

- a) Constancia del 24 de marzo de 2023, expedida por la Coordinadora de la Corporación Educativa Ser y Hacer, que da cuenta que la menor MLC se encuentra matriculada en dicha Institución desde el 26 de enero de 2023.
- b) Pantallazo del reporte de Buen Comienzo, donde figura la información básica de la menor, familiares e histórico de atención.
- c) Documento del 5 de abril de 2023, a través del cual, Yhon Kebin Quintero Urrego manifiesta que conoce a la procesada hace 3 años como una persona íntegra, responsable, cabeza de hogar, emprendedora, etc.
- d) Documento del 11 de abril de 2023, mediante el cual, Yulieth Vanessa Úsuga refiere que conoce a la acusada hace 3 años, es su vecina, y menciona sus características como persona y madre.

Al respecto, lo primero que ha de indicarse es que el recurso de apelación no puede ser utilizado como medio para el aporte de nuevas pruebas que no fueron aducidas en el momento oportuno y que no fueron valorados por el A quo, pues ello desnaturaliza la esencia del recurso y se sorprende al juzgador con argumentos ajenos al objeto de lo tratado por el mismo para denegar lo pedido.

Ahora bien, de lo adjuntando en la audiencia de individualización de pena, se desprende que la procesada es madre de una niña, de 3 años, que vive con ella y su padre, Jonatan Andrés Legarda; así mismo, da cuenta de su modo de vivir, y de que se encuentra a cargo económicamente de su hogar; pero, no se demostró un entorno familiar ausente de acompañamiento, pues se menciona la existencia del papá y abuela materna de la niña.

Entonces, no basta con indicar que no existe una red familiar de apoyo y menos aún en este caso donde la misma procesada indicó en el formato de matrícula de la pequeña que si lo había, siendo carga de la defensa haber demostrado ese entorno familiar ausente de acompañamiento, pues es claro que sus familiares sobre todo el papá, tienen la obligación legal y moral de protección y cuidado de su descendencia, en otras palabras, con los elementos anexados no es posible determinar que la niña se encuentre desamparada.

Así las cosas, no ignora la Sala que la situación en la que se encuentra Luisa Fernanda Cortés Gaviria repercute en la unidad familiar, tanto en su composición y desarrollo cotidiano, como en el aspecto emocional; no obstante, ello constituye la consecuencia

natural que produce la condena legítima impuesta por el Estado, y, no puede dejarse de lado que la pena privativa de la libertad que pesa sobre la acusada es producto de una sentencia condenatoria, y para acceder a la prisión domiciliaria que se reclama se deben cumplir los requisitos establecidos en la ley, no bastando señalar que la protección de las menores es la principal justificación para su concesión, pues si fuese así se desconocería la línea jurisprudencial de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que ha sostenido que la prevalencia del interés superior no releva al juez de verificar el cumplimiento de los presupuestos exigidos, en tanto no existen derechos absolutos. Así lo ha señalado:

“Es decir, el debido respeto al interés superior del menor no implica un reconocimiento mecánico, irrazonable o autoritario de sus derechos. Y dejar como único requisito de la detención o prisión domiciliaria para los padres o madres cabeza de familia la constatación de la simple condición de tal convierte en absoluto el derecho del menor a no estar separado de su familia, y además lo hace en detrimento de unos institutos (la detención preventiva en centro de reclusión y la ejecución de la pena en establecimiento carcelario) que no sólo atienden a principios y valores constitucionales (como la paz, la responsabilidad de los particulares y el acceso a la administración de justicia de todos los asociados), sino que deben ser determinados por las circunstancias personales del agente, motivo por el cual tienen que ser ponderadas en todos los casos.

2.2.6. *Por lo anterior (es decir, porque no puede haber principio, derecho o valor absoluto), no es posible considerar que la intención original del legislador al consagrar el numeral 5 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004 fue la de suprimir el juicio de ponderación por parte del operador de la norma en privilegio de los derechos de los menores, sino la de resaltar desde el punto de vista legal el énfasis que tal interés superior tiene que orientar la valoración de cada asunto por parte de los jueces...”³*

Así las cosas, no es posible predicar situación de desprotección o abandono respecto a la hija menor de la procesada, cuyo padre deberá ocuparse de ellas, en tanto, él y la familia está llamada a servir de apoyo por los lazos de solidaridad que le son propios.

En esos términos, y debido a que la defensora realmente no incorporó prueba que permita establecer que Luisa Fernanda Cortés Gaviria ostenta la calidad de madre cabeza de familia, la providencia en ese aspecto será confirmada, debiendo cumplir la pena privativa de la libertad en Establecimiento Carcelario.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN -Sala Décima de Decisión Penal-** administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

³ Sala Penal. CSJ. 22 jun. 2011. rad. 35943

RESUELVE:

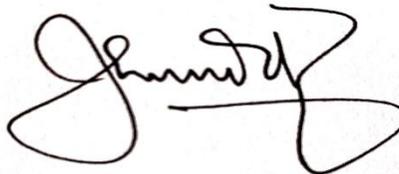
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de apelación.

SEGUNDO: Esta providencia queda notificada en estrados al momento de su lectura y contra ella procede el recurso de casación, que se podrá interponer dentro de los 5 días siguientes, luego de lo cual se deberá presentar la respectiva demanda ante este Tribunal dentro del término común de treinta 30 días.

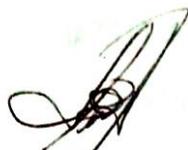
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



GABRIEL FERNANDO ROLDÁN RESTREPO
MAGISTRADO



JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ
MAGISTRADO



CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO
MAGISTRADO