

Tutela de 1ª Instancia n° 96244

Marisol Aguilera Acevedo

Eyder Patiño Cabrera

Magistrado ponente

STP749-2018

Radicación n.º 96244

Acta 17

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de enero de dos mil dieciocho (2018).

ASUNTO

Se resuelve la acción de tutela promovida por Marisol Aguilera Acevedo, en nombre propio y en representación de sus hijos D.C.S.A. y C.F.P.A. contra el Juzgado 39 Penal del Circuito con función de conocimiento y la Sala Penal del Tribunal Superior, ambos de Bogotá, por la presunta vulneración de sus derechos a la familia, la educación, la cultura, el libre desarrollo de la personalidad y la libertad.

Al presente trámite fueron vinculados las partes e intervinientes dentro del proceso No. 11001600001920160705601 adelantado contra la actora.

ANTECEDENTES

1. Fundamentos de la acción

1.1. Marisol Aguilera Acevedo fue condenada el 29 de febrero del 2012, por el Juzgado 39

Penal del Circuito con función de conocimiento de esta ciudad por el punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes a 64 meses de prisión, al tiempo que le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, por la prohibición consagrada en el artículo 68 A de la Ley 906 de 2004, modificado por el precepto 32 de la Ley 1709 de 2014¹.

1.2. Contra esa decisión la actora interpuso recurso de apelación que fue desatado el 14 de septiembre de 2017, por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, en el que ratificó la decisión². Al no presentarse recurso extraordinario de casación el 31 de octubre del año pasado, el asunto fue remitido al Juzgado de primera instancia.

1.3 Aguilera Acevedo, a nombre propio y en representación de sus hijos D.C.S.A. y C.F.P.A. acude a la acción de tutela en busca de la protección de sus derechos fundamentales a la familia, la educación, la cultura, el libre desarrollo de la personalidad y la igualdad, por lo que solicita que se dejen sin efectos las sentencias emitidas por las autoridades demandadas, frente a la negativa de acceder a la prisión domiciliaria en calidad de madre cabeza de familia.

2. Las respuestas

Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá

El Ponente afirmó genéricamente que el fallo de segunda instancia emitido contra la demandante se profirió conforme a derecho. Aportó copia del mismo.

CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si los despachos accionados vulneraron los derechos a la

familia, la educación, la cultura, el libre desarrollo de la personalidad y la igualdad invocados por la actora en nombre propio y en representación de sus menores hijos, al haberle negado la prisión domiciliaria en calidad de madre cabeza de familia.

Para resolver, previamente se verificará si se satisface el principio de subsidiariedad que rige el ejercicio de la acción.

2. Improcedencia de la tutela por ruptura del principio de subsidiariedad

2.1. La [Constitución Política](#), en el artículo 86, estableció la tutela como un mecanismo extraordinario, preferente, subsidiario y residual que tiene por objeto la protección de manera efectiva e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, ante su vulneración o amenaza, proveniente de la acción u omisión atribuible a las autoridades públicas o de los particulares, en los casos que la ley regula, siempre que el interesado no cuente con otros medios de defensa judicial.

De su naturaleza se infiere que cuando el ordenamiento jurídico establece otro mecanismo judicial efectivo de protección, el interesado debe acreditar que acudió en forma oportuna a aquél para ventilar ante el juez ordinario la posible violación de sus derechos constitucionales fundamentales.

Por lo tanto, se constituye en presupuesto de procedibilidad, el agotamiento de todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial³.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia CC C-054-2010 dijo:

La jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en señalar que, en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias -jurisdiccionales y administrativas- y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan

idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional.

En efecto, el carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales. Tal imperativo constitucional pone de relieve que para acudir a la acción de tutela el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios, pero también que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia del mecanismo de amparo establecido en el artículo 86 superior.

Sobre este particular, ha precisado la jurisprudencia que si existiendo el medio judicial de defensa, el interesado deja de acudir a él y, además, pudiendo evitarlo, permite que éste caduque, no podrá posteriormente acudir a la acción de tutela en procura de obtener la protección de un derecho fundamental. En estas circunstancias, la acción de amparo constitucional no podría hacerse valer ni siquiera como mecanismo transitorio de protección, pues tal modalidad procesal se encuentra subordinada al ejercicio de un medio judicial ordinario en cuyo trámite se resuelva definitivamente acerca de la vulneración iusfundamental y a la diligencia del actor para hacer uso oportuno del mismo”.

2.2. La accionante en nombre propio y representación de sus hijos menores D.C.S.A. y C.F.P.A. se encuentra inconforme con las sentencias proferidas dentro del proceso penal adelantado en su contra por el punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, que negaron la prisión domiciliaria en la condición de madre cabeza de familia.

Al respecto, se observa que aquella debió exponer sus reparos a través del extraordinario de casación, del cual no hizo uso. Por tanto, desechó la herramienta jurídica a su alcance y perdió la oportunidad procesal idónea para discutir lo pretendido.

Entonces, como quiera que la tutela no tiene por objeto suplantar los mecanismos de defensa judicial ordinarios de los interesados y sólo puede ser pedida una vez agotados todos ellos, es claro que no está cumplido el principio de subsidiaridad que la rige y, por ende, es improcedente.

2.3 Adicionalmente, razón le asistió al Tribunal Superior de Bogotá cuando confirmó la decisión emitida por el Juzgado 39 Penal del Circuito con funciones de conocimiento Bogotá.

En efecto, los argumentos son coherentes y están conforme al material probatorio aportado, lo cual le permitió determinar que no resultaba procedente sustituir la detención preventiva impuesta en contra de la condenada. Obsérvese que el referido despacho judicial dijo en su providencia:

El artículo 1o de la Ley 750 de 2002 establece:

La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá, cuando la infractora sea mujer⁴ 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 (...)

Sobre la noción de mujer cabeza de familia, el artículo 2o de la Ley 82 de 1993, modificado por el artículo 1o de la Ley 1232 de 2008, dice:

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.

Pues bien, en el presente caso, según las copias de los certificados del registro civil de nacimiento, MARISOL AGUILERA ACEVEDO es madre de dos menores de edad (folios 77 y 79).

Por otro lado, ciertamente, la defensa acreditó que el padre de uno de los hijos de la acusada está privado de la libertad en el COMEB (folio 76), mientras que, según algunas declaraciones extrajuicio, se desconoce el paradero del padre del otro.

Empero, la Sala no le puede dar credibilidad al contenido de los documentos aportados por el defensor, dada su evidente manipulación, toda vez que hay varias certificaciones según las cuales MARISOL AGUILERA ACEVEDO es una persona honesta, de buenas costumbres y

de excelentes valores morales y sociales, lo cual contrasta abiertamente con la gravedad de la conducta, plenamente reconocida por ella misma.

Con todo, más allá de la discusión atinente a si aquella ostenta o no la condición de madre cabeza de familia, es preciso señalar que, tal como lo advirtió la Corte Suprema de Justicia en la sentencia citada por la a quo, “el funcionario judicial también debe atender a la naturaleza del delito por el cual se adelanta proceso penal al padre o madre cabeza de familia, en orden a preservar la integridad física y moral del menor”, al paso que en este asunto, en consideración a la gravedad del delito (posesión de 15 bultos de marihuana con un peso neto de 436.98 Kilogramos), no es posible determinar fundadamente que la acusada no pondrá en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo, hijos menores de edad o hijos con incapacidad mental permanente, como lo exige el artículo 1o de la Ley 750 de 2002.

Ahora, si de hacer prevalecer los derechos de los niños se trata, cabe anotar que de ninguna manera tal premisa puede impedir el encarcelamiento de sus padres. Ciertamente, de acuerdo con el art. 44 de la Constitución, aquéllos gozan del derecho a tener una familia y no ser separados de ella. Sin embargo, la misma Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobada en Colombia por la Ley 12 de 1991, en su art. 9-4 admite la privación de esa prerrogativa cuando se produce como consecuencia de la detención de uno de sus padres, evento en el cual surge para el Estado la obligación de informarle acerca de su paradero, no la de dejarlo en libertad ni la de encerrarlo en su casa.

La norma antes citada textualmente dice:

Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los

padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

Así ha de ser, puesto que de lo contrario no habría forma de privar de la libertad a una persona con hijos menores de edad en establecimiento de reclusión, lo que sería inconcebible dado que en ese caso algunos o algunas estarían autorizados para delinquir sin la posibilidad de sometimiento a las consecuencias legales.

Pero hay más: la concesión de la prisión domiciliaria, en este contexto, es un instituto cuya razón de ser es la protección de los menores de edad, mientras que en el presente caso una tal concesión más bien contrastaría con los derechos de aquéllos, toda vez que los menores tienen, entre otras prerrogativas, el derecho a un desarrollo integral (artículo 23 de la Ley 1098 de 2006), a los medios para su desarrollo moral (artículo 24 ídem) y a recibir una adecuada formación para el ejercicio responsable de los derechos (artículo 15 ídem), de imposible satisfacción dentro de un hogar cuya madre se dedica a actividades relacionadas con el tráfico de estupefacientes.

Claro está, según el defensor, los menores estaban al margen de las circunstancias en las que la enjuiciada delinquiró. No obstante, tal marginación es apenas una afirmación de la apelante, desprovista totalmente de prueba, y, por lo mismo, de ninguna manera puede admitirse como premisa para justificar el beneficio reclamado.

En ese orden de ideas, ha de concluirse que MARISOL AGUILERA ACEVEDO no tiene derecho a la prisión domiciliaria y que, por ende, la sentencia recurrida debe confirmarse.

Conviene precisar, que la privación de la libertad de la sentenciada, no tiene la entidad suficiente para consolidar la vulneración al derecho a la familia reclamado, pues de las

pruebas que reposan en el expediente, se destaca que su libertad fue confinada de forma legal dentro de un proceso penal en el cual se garantizó el debido proceso.

Por las anteriores consideraciones se negará el amparo.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión de Tutelas N° 1 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Negar la tutela instaurada por Marisol Aguilera Acevedo en nombre propio y en representación de sus hijos D.C.S.A. y C.F.P.A.

Segundo. Ordenar que, si la decisión no es impugnada ante la Sala de Casación Civil de esta Corporación, se remita el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Eyder Patiño Cabrera

Fernando León Bolaños Palacios

Luis Guillermo Salazar Otero

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

.

1 Folio 84 cuaderno de la Corte.

2 Folios 83 a 87 Ibidem.

3 Ver Corte Constitucional. Sentencias C-590 del 8 de junio de 2005 y T-332 del 4 de mayo de 2006. CSJ STP Rad. No. 31.781, 32.327, 36.728, 38.650, 40.408, 41.642, 41.805, 49.752, 50.399, 50.765, 53.544, 54.762, 57.583, 59.354, 60.917, 61.515, 62.691, 63.252, 64.107, 65.086, 66.996, 67.145, 68.727, 69.938 y 70.488.

4 La expresión “mujer” fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-I 84/03, en el entendido de que el beneficio podrá ser concedido a los hombres que se encuentren en la misma situación de una mujer cabeza de familia.