



Ubicación 55 – 26
Condenado KELLY JOHANA BAQUERO OTALVARO
C.C # 1069730793

CONSTANCIA TRASLADO REPOSICIÓN

A partir de hoy 29 de Noviembre de 2023, quedan las diligencias en secretaria a disposición de quien interpuso recurso de reposición contra la providencia 1087 del NUEVE (9) de NOVIEMBRE de DOS MIL VEINTITRES (2023), por el término de dos (2) días de conformidad a lo dispuesto en el Art. 189 inciso 2° del C.P.P. Vence el día 30 de Noviembre de 2023.

Vencido el término del traslado, SI ☒ NO ☐ se presentó sustentación del recurso.

JULIO NEL TORRES QUINTERO
SECRETARIO

Ubicación 55
Condenado KELLY JOHANA BAQUERO OTALVARO
C.C # 1069730793

CONSTANCIA TRASLADO REPOSICIÓN

A partir de hoy 1 de Diciembre de 2023, quedan las diligencias en secretaria a disposición de los demás sujetos procesales por por el término de dos (2) días de conformidad a lo dispuesto en el Art. 189 inciso 2° del C.P.P. Vence el 4 de Diciembre de 2023.

Vencido el término del traslado, SI ☐ NO ☒ se presentó escrito.

JULIO NEL TORRES QUINTERO
SECRETARIO



4/12/23

**JUZGADO VEINTISEIS (26) DE EJECUCIÓN DE PENAS
Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE BOGOTÁ, D.C.**

Radicado:	73001-61-00-000-2019-00009-00
Interno:	55
Condenado:	Kelly Johanna Baquero Otalvaro
Delito:	Estafa agravada, hurto calificado, falsedad en documento privado y concierto para delinquir
Reclusión:	Reclusión de Mujeres de Bogotá el Buen Pastor
Auto interlocutorio	1087
Procedimiento	Ley 906 de 2004

Bogotá D. C., nueve (09) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

I. ASUNTO

Se pronuncia el Despácho respecto de la solicitud de prisión domiciliaria como madre cabeza d familia elevada por la sentenciada Kelly Jhoanna Baquero Otalvaro.

II. ANTECEDENTES

- 1.- Mediante auto de 25 de octubre de 2021, se acumularon jurídicamente las penas dictadas en contra de Kelly Johanna Baquero Otalvaro, identificada con la C.C. No. 1.069.730.793, por el Juzgado 5° Penal del Circuito de Conocimiento de Ibagué -Tolima-, de 12 de febrero de 2020, en la que fue condenada como responsable de los delitos de estafa agravada en concurso homogéneo, (3 casos) en concurso heterogéneo con hurto calificado y falsedad en documento privado este último en concurso homogéneo (3 casos) y concierto para delinquir simple y el Juzgado 3 Penal del Circuito de Manizales, el 6 de abril de 2017, en la que fue condenada por los delitos de estafa y concierto para delinquir. Se fijó como nueva pena de prisión acumulada 171 meses e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de la pena de prisión.
- 2.- La sentenciada KELLY JOHANNA BAQUERO OTALVARO, por cuenta de estas diligencias se encuentra privada de la libertad desde el 12 de abril de 2018.

III. DE LA PETICIÓN

Solicitó la sentenciada se conceda la sustitución de la pea de prisión formal por la prisión domiciliaria como madre cabeza de familia, señalado que es madre de tres hijos menores adolescentes, residentes en la ciudad de Fusagasugá -Cund-, que buscan la protección de su progenitora, toda vez que el padre los abandonó y se encuentra radicado fuera del País, desatendiendo sus obligaciones.

Refirió que se encuentran censados en el registro único de víctimas por el hecho de desplazamiento forzado y hace parte de una comunidad Indígena, ala fecha se encuentra en fase de mediana seguridad o que significa que ha superado una etapa de la condena, que le permite vivir en comunidad con mejor calidad de vida y desempeñarse en labores de confianza dentro del penal.

Por disposiciones del INPEC, fue removida de su ciudad lo que ha generado una grave desatención familiar con el cuidado de sus hijas, es decir, el trato recibido ha sido a la inversa, alejarme de la unidad familiar aun centro de reclusión que reviste mayor seguridad, desconociendo haber superado requisitos que me permiten estar más cerca de mi núcleo familiar.

Viene padeciendo graves quebrantos de salud desde algunos años atrás, inclusive algunos tratamientos están postergados para la intervención quirúrgica que se debe adelantar, sus hijos residen en la calle 23 No 46-63 Casa 57 Conjunto Cerrado Parques de Sevilla en Fusagasugá, quienes están al cuidado por el momento de una pariente quien les suministra lo mínimo necesario para su buen vivir, sin embargo, la ausencia de su progenitora al estar privada de la libertad es fundamental para su desarrollo armónico.

Desde el 14 de abril de 2018 fecha de su captura, sus hijos no han logrado recibir mi amor y calor humano personalmente, las razones las cortapisas que impone la administración penitenciaria para su ingreso, como menores de edad, han recurrido a la norma legal expresa en el Código de Infancia y Adolescencia, cuya finalidad es garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para crecer en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, donde prevalecerá el reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna.

Las normas sustantivas y procesales para la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes, garantizan el ejercicio de sus derechos y libertades consagrados en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, en la Constitución Política y en las leyes, así como su restablecimiento, donde dicha garantía y protección es obligación de la familia, la sociedad y el Estado.

Las normas sobre los niños, las niñas y los adolescentes, son de orden público, de carácter irrenunciable y los principios y reglas en ellas consagrados se aplicarán de preferencia a las disposiciones contenidas en otras leyes, en la Constitución Política, en los tratados o convenios internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, es decir, se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.

Mediante auto de 6 de septiembre de 2023, se ordenó la practica de una visita domiciliaria al lugar en donde residen los hijos de la sentenciada, para efectos de verificar las condiciones en las que se encuentran y las posibles situaciones de vulnerabilidad que los afecten, para lo cual se comisionó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar con sede en Fusagasugá -Cund-

Al Despacho se encuentra el informe realizado por un asistente social ICBF con sede en Fusagasugá -Cund-, en relación con la visita practicada a la residencia en donde habitan los tres hijos de la sentenciada.

IV. CONSIDERACIONES

I. De la Prisión Domiciliara como Madre o Padre Cabeza de Familia

a. Desarrollo normativo del sustituto penal de la prisión domiciliaria previsto en la Ley 750 de 2002

La Ley 750 de 2002 establece que el hombre o mujer cabeza de familia puede cumplir la ejecución de la pena privativa de la libertad en el lugar de su residencia, siempre que

acredite los requisitos contenidos en el art. 1° de la normatividad en comento, esto es, que el desempeño personal, laboral, familiar o social, permitan deducir que no pondrá en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo, hijos menores de edad o hijos con incapacidad permanente y que no se trate de delitos de genocidio, homicidio, delitos contra las cosas o personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario entre otros.

No obstante lo anterior, pacífica ha sido la postura jurisprudencial según la cual, en aras de garantizar el principio de favorabilidad en la aplicación de la ley penal, se debe armonizar el contenido de la Ley 750 de 2002 con el numeral 5° del art. 314 de la Ley 906 de 2004, pues si bien este precepto hace referencia a la figura de la detención preventiva, es posible efectuar la sustitución de la ejecución de la pena bajo este mismo presupuesto, según lo dispone el art. 461 *ibidem*.

La Corte Suprema de Justicia en la sentencia SP1251-2020 de 10 de junio de 2020, M.P. Patricia Salazar Cuellar, recordó los criterios a tener en cuenta para la concesión de este sustituto penal o cambio de lugar de reclusión, de la siguiente manera:

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

Recientemente, a través de la SP4945-2019, rad. 53.863, la Sala fijó las reglas aplicables para decidir sobre la prisión domiciliaria especial para personas cabeza de familia. A continuación, se reproducirán las premisas pertinentes para resolver en el presente asunto.

4.2.2.1. La definición de madre -o padre- cabeza de familia “Al respecto, el art. 2° de la Ley 82 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 1232 de 2008, establece lo siguiente:

Jefatura Femenina de Hogar. Para los efectos de la presente ley, la Jefatura Femenina de Hogar es una categoría social de los hogares, derivada de los cambios sociodemográficos, 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.

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 1° de la Ley 750 de 2002,4 en punto de los requisitos para conceder la sustitución de la prisión, establece:

4 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.

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.

La anterior conclusión se aviene a los argumentos expuestos en el Congreso de la República durante el trámite de discusión de la referida ley:

En particular en tales casos se percibe la urgencia de la adopción de medidas de apoyo especial a dichas mujeres, por cuanto es un hecho reconocido que los hijos menores **y otras personas incapaces a cargo de la mujer cabeza de familia reclusa** quedan desamparados y a merced de las más nefastas influencias de la sociedad, lo que conlleva un doble efecto negativo para la sociedad, por una parte, el que no pueda cumplir esa mujer reclusa, su rol natural respecto de sus hijos y de otras personas incapaces a su cargo, y de otra parte, que reciban esos menores una negativa orientación que los determinará con alta probabilidad a ubicarse al margen de la ley en el futuro, como medio de subsistencia y como el único modo de vida aprendido.⁵

(...)

Este especial apoyo se dirige a permitir que la mujer cabeza de familia reclusa, **pueda reintegrarse de facto a su círculo familiar**⁶ a fin de desempeñar el rol que le corresponde, mediante la figura de la “pena sustitutiva de prisión domiciliaria” y su relacionada medida de aseguramiento denominada “detención domiciliaria” y/o mediante la redención de su pena, encuentre o no reclusa en centro carcelario o penitenciario, a través de la redención de su pena por trabajo comunitario.⁷

(...)

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).

5 Gaceta del Congreso N° 113 de 2001.

6 Negrilla no hace parte del texto original.

7 Ibidem.

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

(...)

El tema no fue resuelto en la sentencia C-184 de 2003, porque allí solo se analizó el trato legal diferenciado a los hijos de los procesados, dependiendo de si su cuidado y manutención estaban exclusivamente a cargo de la madre o del padre.

En opinión de la Sala, las razones expuestas por la Corte Constitucional en la sentencia en mención, aunadas a otras motivaciones de rango constitucional, son suficientes para concluir que en esos otros grupos poblacionales (personas incapaces o incapacitadas para trabajar), no sólo son relevantes las acciones afirmativas a favor de las madres cabeza de familia (...) De hecho, lo que resulta más trascendente es la protección de las personas que están exclusivamente a cargo del procesado, en los términos establecidos en la ley. Ello resulta indiscutible respecto a los niños, pero también es relevante frente a otros grupos de personas especialmente vulnerables, como los ancianos y las que padecen graves afecciones físicas o mentales”.

4.2.2.3. El especial cuidado con el que el juez debe analizar el cumplimiento de los requisitos para la concesión de la prisión domiciliaria

“El legislador supeditó el otorgamiento del beneficio de prisión domiciliaria para madres -o padres- cabeza de familia, a los requisitos trascritos en el numeral 4.2.2.2. Ese aspecto ha sido objeto de preocupación al interior de la Corte Constitucional y de esta Corporación, pues si bien es cierto debe abogarse por la protección de los niños y demás personas vulnerables que dependan del condenado, también lo es que debe evitarse que el cambio de sitio de reclusión ponga en riesgo a esas personas y/o a la comunidad.

Al respecto, en la sentencia C-184 de 2003 se hizo énfasis en lo siguiente:

Son los jueces quienes deben impedir, en cada caso, que mediante posiciones meramente estratégicas, un hombre invoque su condición de ser cabeza de familia tan sólo para acceder en beneficio personal a la prisión domiciliaria. Por ello, el juez debe valorar (i) que **la medida sea manifiestamente necesaria, en razón al estado de abandono y desprotección** a que quedarían expuestos los hijos del condenado, (ii) que ésta sea adecuada para proteger el interés del menor y (iii) que no comprometa otros intereses y derechos constitucionalmente relevantes.

Recientemente (CSJ SP 25 sep. 2019, rad. 54.587), esta Sala de Casación analizó ampliamente la importancia de verificar esos requisitos. Sobre la base de lo expuesto por la Corte Constitucional en el referido fallo, reiteró su línea jurisprudencial sobre el punto. Por su importancia para la establecer la responsabilidad que tienen los jueces al resolver este tipo de asuntos, se traerá buena parte de lo expuesto en esa oportunidad:

En esa misma sentencia de constitucionalidad, se advirtió que la prisión domiciliaria era improcedente, entre otras razones, si la misma implicaba un riesgo para la comunidad..., juicio este que dependía del **desempeño personal, familiar, laboral y social del condenado, una de cuyas manifestaciones sería el tipo de criminalidad en la que estuvo involucrado** porque, por ejemplo, si se trató de delincuencia organizada o de otra que implique la exposición a riesgos para los menores, la concesión del subrogado, seguramente, no consultaría su finalidad legal. Obsérvese:

(...). Según el artículo 1° de la propia ley, para acceder a este derecho deben cumplirse varios requisitos. Antes de conceder el derecho el juez debe haber valorado: (a) el desempeño personal, es decir, su comportamiento como individuo, (b) el desempeño familiar, o sea, la forma como ha cumplido efectivamente sus deberes para con su familia y la manera como se relaciona con sus hijos, (c) **el desempeño laboral, con el fin de apreciar su comportamiento pasado en una actividad lícita y (d) el desempeño social, para apreciar su proyección como miembro responsable dentro de la comunidad.** Con base en el estudio de la manera como se comporta y actúa en estos diferentes ámbitos de la vida, el juez debe decidir si la persona que invoca el derecho de prisión domiciliaria no pone en peligro: (i) a la comunidad, (ii) a las personas a su cargo, (iii) a los hijos menores de edad y (iv) a los hijos con incapacidad mental permanente. Así, **el juez habrá de ponderar el interés de la comunidad en que personas que han tenido un comportamiento asociado, por ejemplo, a la criminalidad organizada y, por ende, pueden poner claramente en peligro a la comunidad, no accedan al derecho de prisión domiciliaria.**

(...) Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, a partir de 2011, en la sentencia -de casación- SP jun. 22 rad. 35.943, estableció, en posición reiterada y uniforme, que los requisitos de la prisión domiciliaria fijados en los incisos 2° y 3° del artículo 1° de la Ley 750/2002, uno de los cuales es el **pronóstico de peligro para la comunidad** en general y para los hijos menores de edad -o discapacitados- en particular, se encontraban vigentes.

(...) En el mismo sentido, la sentencia -de segunda instancia- SP feb. 22 de 2012, rad. 37.751 advirtió que la postura según la cual «la concesión, tanto de la sustitución de la detención como de la prisión intramural, por la domiciliaria, era indiferente respecto de las exigencias contenidas en la ley, y, por tanto no importaba el tipo de delito, la existencia de antecedentes penales, ni el comportamiento de su beneficiario», fue variada desde la SP, jun. 22/2011, rad. 35.943, que estableció que «en cada caso, resulta necesario e ineludible realizar una ponderación entre los fines de la medida de aseguramiento o de la pena -según se trate- y las circunstancias del menor por proteger con la sustitución de la internación carcelaria».

Luego, en la sentencia (de segunda instancia) SP6699-2014, may. 28, rad. 43.524, se reiteró, con cita textual inclusive, la tesis jurisprudencial fijada desde 2011, para ratificar la negativa a conceder prisión domiciliaria a la acusada, entre otras razones, por la gravedad de los delitos que había cometido, como se puede visualizar en los siguientes fragmentos:

Adicionalmente, descartó la condición de madre cabeza de familia de la procesada, lo cual no fue óbice para que explicara amplia y profundamente las razones por las cuales no procedía el beneficio sustitutivo, haciendo especial énfasis en la gravedad de las conductas punibles investigadas.

Es por lo anterior que se convalidará lo decidido por el a quo, pues, debe recordarse, ese aspecto no está proscrito del análisis obligado en torno de la concesión de los subrogados penales.

(...)

..., en el presente asunto no puede soslayarse la gravedad de las conductas punibles que se le imputaron a la procesada, tres constitutivas de peculado por apropiación a favor de terceros y seis de prevaricato por acción...

De igual manera, en el auto AP7579-2014, dic. 10, rad. 45065, con apoyo en la tesis que anticipó la sentencia SP, mar. 23/2011, rad. 34.784, y reproducida en la SP6699-2014 que se acaba de transcribir parcialmente, se manifestó:

..., en varias oportunidades la Sala ha señalado que **el análisis de la gravedad del delito, de cara a determinar el posible peligro para la comunidad, no sólo puede, sino que debe abordarse al momento de analizar el presupuesto subjetivo que para la concesión de la prisión domiciliaria consagra el citado precepto.**

(...) En ese contexto, no sería dable predicar -como lo hace el demandante- que el sentenciador dejó de aplicar el artículo 1° de la Ley 750 de 2002, porque es evidente que la negativa a conceder el beneficio a la procesada está soportada en el examen de los requisitos que consagra la norma y que no encontró acreditados a cabalidad, específicamente, los que hacen relación al desempeño laboral y social de la procesada y a la gravedad del ilícito imputado, que condujeron al juez colegiado a concluir en la necesidad de purgar la pena en establecimiento carcelario, en orden a preservar la tranquilidad y seguridad de la comunidad.

Por último, se citan otros pronunciamientos -autos de casación-, todos anteriores a las fechas en que el juez acusado profirió las decisiones que los contradecían, que se insertan en la misma línea jurisprudencial: AP, ago. 28/2013, rad. 41583; AP, nov. 20/2013, rad. 42385; AP5749-2014, sep. 24, rad. 44309; y AP7210-2014, nov. 26, rad. 42577. Inclusive, esa posición se ha mantenido vigente, como se indicó en la SP7752-2017, may. 31, rad. 46277.

Entonces, conforme al artículo 1° de la Ley 750/2002 y a la línea jurisprudencial, tanto constitucional como penal -a partir de 2011-, **la ponderación de la naturaleza y gravedad del delito objeto de condena, así como el pronóstico de peligro para la sociedad...**, realizado con base en las anotadas características de la conducta punible y en el restante desempeño personal, familiar, laboral y social del conderado, son requisitos obligatorios de estudio para determinar la viabilidad de la prisión domiciliaria por la condición de padre o madre cabeza de familia”.

4.2.2.4. El peligro para la comunidad como referente impeditivo para la concesión de la prisión domiciliaria

Como quedó visto en precedencia (núm. 4.2.2.3. supra), la gravedad de la conducta por la cual se emite la condena es un factor a considerar a la hora resolver sobre la sustitución de la sanción penal -salvo en eventualidades de aplicación del art. 38 B del C.P.8, en donde, superado el factor objetivo, únicamente ha de verificarse el arraigo familiar y social del condenado-. Sin embargo, la Sala también ha clarificado que la ponderación de dicho aspecto -a considerar en la valoración de factores subjetivos, como los aplicables a la prisión domiciliaria por ser cabeza de familia y al subrogado previsto originalmente en el art. 38-2 del C.P.- ha de ser sumamente cuidadosa, a fin de evitar que, bajo el pretexto de la gravedad abstracta de la conducta, se repita el juicio de antijuridicidad que, en sede legislativa, se ve expresado en la tipificación de la conducta y, en el plano judicial, se manifiesta en la imposición de la pena.

La simple alusión a la gravedad del comportamiento no es suficiente para justificar la negativa de la sustitución de la pena. Lo que -en clave de factor subjetivo- se exige al sentenciador es que aplique, en el mejor sentido del vocablo, un juicio sobre el riesgo a la comunidad, expresado en la posibilidad de reiteración delictiva ante la falta de reclusión carcelaria del condenado. Si ese riesgo es plausible, la prisión intramuros se hace necesaria, en desmedro del cumplimiento de la pena en el domicilio.

A ese respecto, en la SP2439-2019, rad. 53.651 la Sala clarificó la teleología que subyace al examen y ponderación de los factores subjetivos influyentes en la prisión domiciliaria regulada en el art. 38-2 del C.P., igualmente aplicables a eventualidades en que ésta se concede atendiendo la condición de cabeza de familia del sentenciado, dado que en ambos institutos tiene cabida la valoración del desempeño personal, familiar, laboral y social del sentenciado, de cara a evaluar si la reclusión domiciliaria pone en peligro a la comunidad.

De lo que se trata, se afirmó en dicha decisión, es de valorar la condición del sentenciado en esos ámbitos, frente al cumplimiento de la finalidad del instituto y los fines de la pena. Cumplido el aspecto objetivo, consistente en la no superación de determinado tope punitivo, cuyo equivalente en el art. 1° de la Ley 750 de 2002 es la condición de ser cabeza de familia, la ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el domicilio del sentenciado siempre que el juez pueda decidir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad.

De ahí que la mera invocación, genérica o abstracta, a la gravedad de la conducta tipificada en la ley penal, desarticulada de un análisis particular y concreto sobre el peligro para la comunidad, por sí misma, no es suficiente para negar el beneficio. En el ámbito de la sustitución de la prisión, la gravedad del comportamiento no ostenta una condición retributiva que automáticamente obligue al juez a ordenar la reclusión en prisión. No. Tal factor ha de integrarse al desempeño del condenado, en sus esferas personal, familiar, social o laboral, dependiendo la específica modalidad de conducta por aquél desplegada. En ese entendido, ha de integrar la ponderación y aplicarse funcionalmente como criterio proyectivo o predictivo sobre la posibilidad de que el cumplimiento de la pena en el domicilio ponga en peligro a la comunidad."

Lo anterior quiere decir que para otorgar la prisión domiciliaria o el cambio de sitio de reclusión bajo la condición de padre o madre cabeza de familia, deben acreditarse los siguientes presupuestos: i) que el condenado acredite que está a cargo del cuidado de hijos menores propios u otras personas incapacitadas para trabajar, ii) que sea el único soporte, para su cuidado, manutención y que dependa exclusivamente de él, iv) que ésta sea adecuada para proteger el interés del menor, v) que no comprometa otros intereses y derechos constitucionalmente relevantes, vi) que se analice el desempeño personal, familiar, laboral y social del condenado y, vii) llevar a cabo un análisis de la gravedad del delito de cara a determinar el posible peligro para la comunidad.

V. DEL CASO EN CONCRETO

En primer lugar, del informe de visita domiciliaria realizado por la trabajadora social del ICBF, se estableció que los tres hijos de la sentenciada dos mujeres y un hombre, cuentan con las edades de 17, 16 y 14 años, residen en una vivienda de propiedad de una tía de la sentenciada, en compañía de su hermana mayor Kira Catalina (hija única del progenitor) junto con la abuelita paterna de la sentenciada de 87 años de edad y con algunos padecimientos de salud propios de la edad.

Se informó que el padre de los menores reside el Costa Rica hace más de 4 años y no reciben apoyo de su parte.

Kiriya Catalina se encuentra al cuidado de sus hermanos menores y es apoyada en esa labor por la abuela paterna de la sentenciada y por la tía duela del apto donde residen, quien los acompaña a Bogotá, para visitar a la sentenciada.

Señaló la hermana de los hijos de la sentenciada (Kiriya), que tienen buena salud mental y no tiene problemas relacionados con el consumo de sustancias psicoactivas, aunque dos de ellos asistieron a psicólogo por problemas de depresión, que se presentaron al quedar sin sus progenitores.

Finalmente, se verificó que se encuentran afiliados a EPS y residen en una casa que cuenta con todas las comodidades para el diario vivir. El sustento familiar proviene del trabajo que realiza la hermana mayor de los hijos de la sentenciada y de los aportes dados por la sentenciada producto de su trabajo que realiza en la Cárcel y Penitenciaría con Alta y Media Seguridad Para Mujeres de Bogotá (El Buen Pastor). No pagan arriendo a la familiar dueña de la casa donde residen, quien también los provee de los servicios públicos.

Conforme lo anterior, no se encuentra acreditado que sea la única persona que este o pueda estar a cargo de sus hijos, pues en su ausencia dicha labor fue asumida por la hermana mayor de los menores, una tía y la abuela paterna de la sentenciada.

Así las cosas, al verificarse que la los hijos de la sentenciada se encuentran en buenas condiciones, escolarizados, afiliados en salud y que la sentenciada no es la única persona que responde por ellos, se puede afirmar que no reúne el primer requisito para ser considerada madre cabeza de familia.

Respecto de los restantes requisitos para acceder a la sustitución de la pena, bajo la figura de madre cabeza de familia, tampoco se encuentran acreditados, toda vez que no se verificó en forma, suficiente y positiva sus condiciones, personales, familiares, laborales y sociales, y de lo que se tiene conocimiento por cuenta de las diligencias, es que se mantuvo en el camino del delito por un largo periodo de su vida previo a su captura.

En estas condiciones, se antepone el interés general, frente al particular de la sentenciada, en relación con su hijos, quienes cuentan con sus derechos fundamentales garantizados y aunque la privación de la libertad de su progenitora, los puede afectar, debe señalarse que no por este solo hecho de manera automática se adquiere la condición de madre cabeza de familia, pues tal y como se encontró sus descendientes no están en abandono, ni en riesgo de estarlo, pues, son apoyados por su familia cercana (hermana mayor) y ello debe ser así, en consideración a la corresponsabilidad, señalada en el art. 10 del Código de la Infancia y la adolescencia Ley 1098 de 2006.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO VEINTISEIS (26) DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE BOGOTÁ D.C.**,

RESUELVE:

PRIMERO.- NEGAR, por las razones expuestas, la solicitud de prisión domiciliaria como madre cabeza de familia elevada por la sentenciada Kelly Johanna Baquero Otalvaro.

SEGUNDO.- NOTIFICAR de esta decisión a la sentenciada Kelly Johanna Baquero Otalvaro, en las instalaciones de la Cárcel y Penitenciaría con Alta y Media Seguridad Para Mujeres de Bogotá (El Buen Pastor).

Contra la presente decisión proceden los recursos ordinarios.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LEONOR MARINA PUIN CAMACHO

JUEZ

7 de 7

Calle 11 No. 9 A -24 Piso 5° - Teléfono: 3422563
ejcp26bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

chpg

Centro de Servicios Administrativos Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad	
En la Fecha	Notifiqué por Estado No.
23 NOV 2023	
La anterior Providencia	
La Secretaría	

RECIBI COPIA

NOMBRE DE FUNCIONARIO QUE NOTIFICA

CEDEX 1069730793

NOMBRE: Kelly Johanna Lopez

FECHA: 14-1-2023

NOTIFICACIONES

SECRETARÍA DE EJECUCIÓN DE PENAS BOGOTÁ

GRUPO DE SERVICIOS ADMINISTRATIVOS

BOGOTÁ, D.C. 2023

RECIBI

Señores

JUZGADO (26) VEINTISEIS DE EJECUCION DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE BOGOTA.

Edificio Kaisser

E. S. D.

Ref: **RECURSO DE REPOSICION CON SUBSIDIO DE APELACION AL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA PROFERIDO MEDIANTE AUTO INTERLOCUTORIO No 1087 DE FECHA 9 DE NOVIEMBRE DE 2023.**

RADICADO No 73001 61 00 000 2019 00009 00
CONDENADA: KELLY JOHANNA BAQUERO OTALVARO
IDENTIFICACION: C.C. No.1.069.730.793

KELLY JOHANNA BAQUERO OTALVARO, identificada civilmente con la C.C. No 1.069.730.793, por medio del presente escrito sustento el recurso de **REPOSICION CON SUBSIDIO DE APELACION** al fallo plenamente enunciado en la referencia, al encontrarme dentro de los términos para ejercer dicha actuación y en consideración a las siguientes puntualidades.

HECHOS

1.- Como bien esta detallado mi estado procesal por parte del Despacho, no hace falta nuevamente hacer extensivo las causas objeto de acumulación a fin de obtener una única condena.

2.- Mi tiempo de cautiverio se fijó en 171 meses de prisión, sin embargo, no se ha tenido en cuenta el tiempo que en forma física y redención he descontado a la fecha 77 meses de mi condena, es decir el 46 % del total de la pena, beneficios contemplado en la ley 65 de 1993 bajo los parámetros de resocialización que la misma normas los exige para rebajar condena, pero que se observa en el presente caso no tenidos en cuenta por parte de las autoridades judiciales, programas ausentes en Colombia, pues su propósito es conminar a prisión al ser humano, mas no interesa si este sale con mejores o peores condiciones sociales, la prisión se convirtió en negocio.

3.- Es critico cuando una tercera persona, diagnostica la salud y vida de un semejante, ajena al dolor y sufrimiento físico o psicológico, a su debido momento la suscrita acreditó ante el INPEC el estado crítico de salud antes de ser trasladada a otra ciudad, caso omiso a mi petición verbal, a lo cual fui remitida sin importar los altos riesgos y las circunstancias a otro penal alejando inclusive de mi hogar en la que desarrollo como madre cabeza de familia.

4.- De igual manera; sobre la conclusión que su señoría hace en el acápite “V. DEL CASO EN CONCRETO”, expreso mi disenso con su apreciación, la trabajadora social por supuesto pudo haber encontrado otro panorama al que estará acostumbrada encontrar, adolescentes viviendo debajo de un puente, sumidos en la droga, indigentes, recogiendo alimentos de los recipientes de los desperdicios, portando armas etc., en este escenario, muy seguramente diagnosticaría que no existen las garantías de conceder el subrogado por no existir un arraigo, en el caso que nos asiste el efecto fue contrario, no encontró este escenario, porque las causas son diferentes, no he traído hijos al mundo a vivir debajo de un puente, tampoco a mendigar un pan o formar parte de pandillas que hacen daño a la sociedad, esta falta de apreciación lógica y profesional debe visualizar mejor al

emitir sus conceptos, evitar a que unos adolescentes que aún conservan sus modales no dejarlos se destruyan, coadyuvar para conservar esa dignidad y evitar prospere la descomposición social, es así como el establecimiento se equivoca por su vaga apreciación, no por aplicar la normatividad para unos y la flexibilidad para otros, esta falta de percepción profesional en los informes, lo único que llevan es sembrar resentimientos, acentuar clases sociales y estratificación en el ser humano, le aseguro que si mis hijos pertenecieran a una clase política o económica influyente de donde dependen inclusive la misma estabilidad laboral de quienes imparten justicia, el concepto seria otro, no podemos tomar como equivoca esta modesta apreciación, todos los días los medios periodísticos informan la corrupción y el tráfico de influencias en todas las ramas del poder, es muy extenso para refrescar la memoria, sin embargo expongo el más sencillo caso Carlos Mattos presidente de Hyundai en Colombia, cuantos funcionarios de la rama judicial purgan procesos por la rampante corrupción y otra gran mayoría de políticos quienes ponen magistrados, jueces, fiscales en sus cargos y gozan de domiciliar por enfermedad o como principales de la unidad familiar.

V. DEL CASO EN CONCRETO

En primer lugar, del informe de visita domiciliaria realizado por la trabajadora social del ICBF, se estableció que los tres hijos de la sentenciada dos mujeres y un hombre, cuentan con las edades de 17, 16 y 14 años, residen en una vivienda de propiedad de una tía de la sentenciada, en compañía de su hermana mayor Kira Catalina (hija única del progenitor) junto con la abuelita paterna de la sentenciada de 87 años de edad y con algunos padecimientos de salud propios de la edad.

Se informó que el padre de los menores reside el Costa Rica hace más de 4 años y no reciben apoyo de su parte.

Kiriya Catalina se encuentra al cuidado de sus hermanos menores y es apoyada en esa labor por la abuela paterna de la sentenciada y por la tía duela del apto donde residen, quien los acompaña a Bogotá, para visitar a la sentenciada.

Señaló la hermana de los hijos de la sentenciada (Kiriya), que tienen buena salud mental y no tiene problemas relacionados con el consumo de sustancias psicoactivas, aunque dos de ellos asistieron a psicólogo por problemas de depresión, que se presentaron al quedar sin sus progenitores.

6 de 7

De igual manera; la justicia desconoce los derechos de niños, niñas, menores, infante o adolescentes como es nuestro caso, es así, como la misma justicia los impulsa a los menores a delinquir por encontrar la ausencia de sus progenitores, sin embargo; con actitud por demás inhumana y fuera de contexto afirman que el motivo de su separación, es motivada por la vida delictiva de su progenitora, para emitir tal afirmación, no he tenido la oportunidad de dialogo ni por primera vez con la señora Juez sobre los motivos de mis procesos judiciales para que haga una afirmación a mas de descortés, desobligante y poco profesional, no olvide cuantas personas inocentes purgamos prisión o aceptamos cargos por mal asesoramiento de una defensa técnica apropiada.

Las normas sobre los niños, las niñas y los adolescentes, son de orden público, de carácter irrenunciable y los principios y reglas en ellas consagrados se aplicarán de preferencia a las disposiciones contenidas en otras leyes, en la Constitución Política, en los tratados o convenios internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, es decir, se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.

Mediante auto de 6 de septiembre de 2023, se ordenó la practica de una visita domiciliaria al lugar en donde residen los hijos de la sentenciada, para efectos de verificar las condiciones en las que se encuentran y las posibles situaciones de vulnerabilidad que los afecten, para lo cual se comisionó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar con sede en Fusagasugá -Cund-

Es clara la puntualidad que hace la norma cuando menciona, que la simple alusión a la gravedad del comportamiento no es suficiente para justificar la negativa de la sustitución de la pena, es sobre el riesgo que podría correr la comunidad, razón que no podría existir debido a que el dispositivo electrónico es un control de información de su sitio o radio de acción como espacio para su movilización, sobre el auto sostenimiento económico mis pequeños hijos son estudiantes y tendrían que retirarse de sus actividades académicas para obtener ingreso alguno, sin olvidar que el trabajo para los menores de edad en Colombia tiene una suficiente restricción.

En otras palabras, de los siete puntos como presupuesto que considera la norma para cumplir como requisito y considerar lograr el subrogado, los cumpla a cabalidad, no puede pensarse que una media hermana de escasos 22 años de edad madre de su propia hija infante, pueda asumir la crianza o responsabilidad de cuidar, proteger y sacar a sus otros hermanos adolescentes, error muy descabellado de apreciación.

Se debe tener en cuenta que en ningún momento he salido de prisión bajo un subrogado y estando en periodo de prueba hubiera vuelto a delinquir, las causas que se han originado se llevaron estando en libertad, situación importante por aclarar para no confundir con la reincidencia que reitero obedece a la falta de programas y oportunidades que no ofrece el estado.

repita el juicio, se manifiesta en la imposición de la pena en el plano judicial, se manifiesta en la imposición de la pena en el plano judicial, se manifiesta en la imposición de la pena en el plano judicial.

La simple alusión a la gravedad del comportamiento no es suficiente para justificar la negativa de la sustitución de la pena. Lo que en clave de factor subjetivo se exige al sentenciador es que aplique, en el mejor sentido del vocablo, un juicio sobre el riesgo a la comunidad, expresado en la posibilidad de reiteración delictiva ante la falta de reclusión carcelaria del condenado. Si ese riesgo es plausible, la prisión intramuros se hace necesaria, en desmedro del cumplimiento de la pena en el domicilio.

A ese respecto, en la SP2439-2019, rad. 53.651 la Sala clarificó la teleología que subyace al examen y ponderación de los factores subjetivos influyentes en la prisión domiciliaria regulada en el art. 38-2 del C.P., igualmente aplicables a eventualidades en que ésta se concede atendiendo la condición de cabeza de familia del sentenciado, dado que en ambos institutos tiene cabida la valoración del desempeño personal, familiar, laboral y social del sentenciado, de cara a evaluar si la reclusión domiciliaria pone en peligro a la comunidad.

De lo que se trata, se afirmó en dicha decisión, es de valorar la condición del sentenciado en esos ámbitos, frente al cumplimiento de la finalidad del instituto y los fines de la pena. Cumplido el aspecto objetivo, consistente en la no superación de determinado tope punitivo, cuyo equivalente en el art. 1° de la Ley 750 de 2002 es la condición de ser cabeza de familia, la ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el domicilio del sentenciado siempre que el juez pueda decidir sería, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad.

De ahí que la mera invocación, genérica o abstracta, a la gravedad de la conducta tipificada en la ley penal, desarticulada de un análisis particular y concreto sobre el peligro para la comunidad, por sí misma, no es suficiente para negar el beneficio. En el ámbito de la sustitución de la prisión, la gravedad del comportamiento no ostenta una condición retributiva que automáticamente obligue al juez a ordenar la reclusión en prisión. No. Tal factor ha de integrarse al desempeño del condenado, en sus esferas personal, familiar, social o laboral, dependiendo la específica modalidad de conducta por aquél desplegada. En ese entendido, ha de integrar la ponderación y aplicarse funcionalmente como criterio proyectivo o predictivo sobre la posibilidad de que el cumplimiento de la pena en el domicilio ponga en peligro a la comunidad."

Lo anterior quiere decir que para otorgar la prisión domiciliaria o el cambio de sitio de reclusión bajo la condición de padre o madre cabeza de familia, deben acreditarse los siguientes presupuestos: i) que el condenado acredite que está a cargo del cuidado de hijos menores propios u otras personas incapacitadas para trabajar, ii) que sea el único soporte, para su cuidado, manutención y que dependa exclusivamente de él, iv) que ésta sea adecuada para proteger el interés del menor, v) que no comprometa otros intereses y derechos constitucionalmente relevantes, vi) que se analice el desempeño personal, familiar, laboral y social del condenado y, vii) llevar a cabo un análisis de la gravedad del delito de cara a determinar el posible peligro para la comunidad.

No podemos confundir la solidaridad que pueda despertar una crisis como la que estoy afrontando en mi escasa familia que aun voluntariamente están al cuidado de mis hijos, no olvidemos que es una abuela anciana que le afectan las vicisitudes de su salud a más de su avanzada edad, para tener la certeza del cuidado de unos adolescentes como la sociedad los impulsa en la vida, no podemos

desconocer que el amor, afecto, respeto, cariño de padre o madre es insustituible en unos adolescentes que ya tienen más avanzado su criterio, razón y estilo de vida que empiezan a forjar, los mínimos recursos que consigo en actividades artesanales al interior del penal son fuente de ingreso que ayudan al sostenimiento de mis hijos, a más de los que mediante oficios varios que ellos desarrollan en hogares de la comunidad ayudan para su sustento, entonces ¿dónde está el espíritu de la ley y la solidaridad del estado con las personas indefensas en la actualidad?

Finalmente, se verificó que se encuentran afiliados a EPS y residen en una casa que cuenta con todas las comodidades para el diario vivir. El sustento familiar proviene del trabajo que realiza la hermana mayor de los hijos de la sentenciada y de los aportes dados por la sentenciada producto de su trabajo que realiza en la Cárcel y Penitenciaría con Alta y Media Seguridad Para Mujeres de Bogotá (El Buen Pastor). No pagan arriendo a la familiar dueña de la casa donde residen, quien también los provee de los servicios públicos.

Conforme lo anterior, no se encuentra acreditado que sea la única persona que este o pueda estar a cargo de sus hijos, pues en su ausencia dicha labor fue asumida por la hermana mayor de los menores, una tía y la abuela paterna de la sentenciada.

Así las cosas, al verificarse que la los hijos de la sentenciada se encuentran en buenas condiciones, escolarizados, afiliados en salud y que la sentenciada no es la única persona que responde por ellos, se puede afirmar que no reúne el primer requisito para ser considerada madre cabeza de familia.

Respecto de los restantes requisitos para acceder a la sustitución de la pena, bajo la figura de madre cabeza de familia, tampoco se encuentran acreditados, toda vez que no se verificó en forma, suficiente y positiva sus condiciones, personales, familiares, laborales y sociales, y de lo que se tiene conocimiento por cuenta de las diligencias, es que se mantuvo en el camino del delito por un largo periodo de su vida previo a su captura.

En estas condiciones, se antepone el interés general, frente al particular de la sentenciada, en relación con su hijos, quienes cuentan con sus derechos fundamentales garantizados y aunque la privación de la libertad de su progenitora, los puede afectar, debe señalarse que no por este solo hecho de manera automática se adquiere la condición de madre cabeza de familia, pues tal y como se encontró sus descendientes no están en abandono, ni en riesgo de estarlo, pues, son apoyados por su familia cercana (hermana mayor) y ello debe ser así, en consideración a la corresponsabilidad, señalada en el art. 10 del Código de la Infancia y la adolescencia Ley 1098 de 2006.

La anterior descripción goza de una total equivocación objetiva y subjetiva, las razones son las siguientes; La casa que se dice goza de todas sus comodidades no es de nuestra propiedad, es ajena, están mis hijos, encargados, arrimados, dados posada, para que se entienda, por supuesto no pagan arriendo y menos servicios públicos, no tienen recursos, absurda apreciación, NO PUEDEN DISPONER de las comodidades que puedan existir en esa vivienda. La hermana mayor tiene escasos 22 años de edad, no es profesional, es madre de su hija infante, si bien les aporta alguna ayuda económica es MINIMA.

Se observa que el despacho fallador sufrió de un lapsus dejando de lado un criterio justo e imparcial cuando manifiesta que *“Respecto de los restantes requisitos para acceder a la sustitución de la pena, bajo la figura madre cabeza de familia, tampoco se encuentra acreditados, toda vez que no se verifico en forma, suficiente y positiva sus condiciones, personales, familiares, laborales y sociales,”* (el subrayado y negrillas es mío) Sin embargo emite conceptos que *“se mantuvo en el camino del delito por un largo periodo”*, (ibidem), quedo anonadada al leer sus contradicciones, cuando sin investigar emite conceptos acomodados y dañinos a las circunstancias, para reforzar su intención parcial y nada responsable.

Existen los mecanismos donde el INPEC al momento de expedir los documentos certifican satisfactoriamente que una vez evaluada mi permanencia al interior del penal y previa convocatoria el Comité de Disciplina conformado por diferentes áreas orgánicas del penal y de autoridades externas, como es el señor Personero del Distrito Capital, concluyen que me encuentro apto para vivir al interior de una comunidad y se avala la oportunidad de estar nuevamente en el seno del hogar, hacen constar que mi proceso de resocialización cumple los fines de la pena como se manifiesta en la sentencia C-144 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero, donde la Corte manifestó que las penas tienen como finalidad la búsqueda de la resocialización del condenado, dentro del respeto por su autonomía y dignidad, puesto que el objeto del derecho penal en el Estado Social de Derecho no es excluir al delincuente del pacto social sino buscar su reinserción.

El Código Penal colombiano le otorga a la pena funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. Por su parte, la Corte ha estudiado el fenómeno de los fines de la pena y ha admitido que la resocialización es un fin constitucionalmente válido de la pena.

Además, en la sentencia T-718 de 2015 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, este Tribunal reiteró que, de acuerdo con la legislación y la jurisprudencia vigentes, la educación es la base de la resocialización, puesto que la figura de la redención de la pena es la materialización de la función resocializadora de la sanción.

Sin embargo, esta Corporación ha podido establecer que las políticas de resocialización y de reintegración de las personas condenadas, presentan serios problemas, que se agravan de manera profunda y que generan la vulneración sistemática y periódica de los derechos de los internos que se encuentran en los establecimientos carcelarios, por lo que se ha declarado el estado de cosas inconstitucional. Al respecto podemos ver las sentencias T-388 de 2013 M.P. María Victoria Calle Correa y sentencia T-762 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Igualmente dentro del procesos resocializador he asistido a conferencias al interior del penal, que consisten en programas donde se prepara al penado a enfrentar con sanos principios el convivir en el medio social, para lograrlo, se forja al ser humano de una manera altamente sensible y positiva dándole valor al carácter y la personalidad, se hace sentir que se tiene una nueva esperanzas de vida y convertirse en una persona visionaria de cumplimiento de metas sanas para el beneficio personal y de su círculo familiar, se forma a la persona mediante ejercicios prácticos el sentido de coraje que se debe tener al afrontar las decisiones, para convertir a la persona estando en libertad en un verdadero ser social con liderazgo para que emprenda una nueva vida, vigorizando los derechos humanos, conocidos como los derechos fundamentales inherentes a la personalidad humana y por supuesto de gran ayuda para cualquier individuo, buscando el bienestar en prisión, tener una vida

digna y ser tratados como tales, periodo en el cual la cordialidad, el respeto, la comunicación fueron los ejes centrales para un buen vivir.

Si el país contara con una política criminal rigurosa, coherente y alejada del populismo, la sociedad entendería que el Estado no puede infligir a esta población desvalida vejámenes adicionales a la privación de la libertad, ni tolerar que se soslayen sus derechos inalienables.

Siendo la prisión domiciliaria o un subrogado similar como un mecanismo tan exigente en materia de requisitos objetivos, subjetivos y probatorios, es inexplicable que, en algunos casos de evidente viabilidad de la medida, esta se rechace, mientras que, en otros, con increíble ligereza, se otorga a peligrosos reincidentes y malandrines de la peor laya, quienes luego son sorprendidos delinquiendo en las calles, intimidando a sus víctimas con armas letales y portando muchas veces un brazalete electrónico del INPEC.

Sumatoria de acciones y hechos que a través de mi permanencia en el penal logran seguramente a su Honorable Señoría, permitir evaluar fundadamente que no existe la necesidad de continuar con la ejecución de la pena intramuros.

ARRAIGO FAMILIAR

Ante la importancia optada por el sistema penal acusatorio que el arraigo familiar es una garantía para impedir que el infractor de la ley evada la acción de la justicia, por lo que a su vez puede evitar en algunas circunstancias continuar la privación de la libertad en intramuros, lo que obliga quedar a plena disposición de la misma y presto cuando sea requerido, en el entendido que el tiempo que falte para cumplir la pena, es sinónimo de periodo de prueba, sujeto a revocatoria en caso de infringir este compromiso, ante este hecho muy fácilmente esta mi ubicación, no debajo de un puente sino en una modesta residencia para la seguridad de la justicia.

PETICION

PRIMERO: Solicito respetuosamente se sirva revocar en su totalidad el fallo de primera instancia proferido en el auto interlocutorio No 1087 de fecha 9 de noviembre de 2023.

SEGUNDO: Solicito a la segunda instancia se sirva mediante el recurso de Reposición con Subsidio de Apelación, **CONCEDER el subrogado de la prisión domiciliarias como madre cabeza de familia.**

TERCERO: Solicito respetuosamente a la segunda instancia se sirva evaluar todos los requisitos objetivos y subjetivos que se estipulan en la Ley en forma Global, no fraccionada y convencional como lo hizo el primer fallador, además se tenga en cuenta el hacinamiento que el penal de Jamundí (V.) en el momento afronta que padece la población carcelaria.

Cordialmente,

KELLY JOHANNA BAQUERO OTALVARO
C.C. No 1.069.730.793
Reclusión de Mujeres Buen Pastor Bogotá D.C.
Patio 3



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

**JUZGADO VEINTISEIS (26) DE EJECUCIÓN DE PENAS
Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE BOGOTÁ, D.C.**

Radicado:	73001-61-00-000-2019-00009-00
Interno:	55
Condenado:	Kelly Johanna Baquero Otalvaro
Delito:	Estafa agravada, hurto calificado, falsedad en documento privado y concierto para delinquir
Reclusión:	Reclusión de Mujeres de Bogotá el Buen Pastor
Auto interlocutorio	1087
Procedimiento	Ley 906 de 2004

Bogotá D. C., nueve (09) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

I. ASUNTO

Se pronuncia el Despacho respecto de la solicitud de prisión domiciliaria como madre cabeza de familia elevada por la sentenciada Kelly Johanna Baquero Otalvaro.

II. ANTECEDENTES

1.- Mediante auto de 25 de octubre de 2021, se acumularon jurídicamente las penas dictadas en contra de Kelly Johanna Baquero Otalvaro, identificada con la C.C. No. 1.069.730.793, por el Juzgado 5° Penal del Circuito de Conocimiento de Ibagué -Tolima-, de 12 de febrero de 2020, en la que fue condenada como responsable de los delitos de estafa agravada en concurso homogéneo, (3 casos) en concurso heterogéneo con hurto calificado y falsedad en documento privado este último en concurso homogéneo (3 casos) y concierto para delinquir simple y el Juzgado 3 Penal del Circuito de Manizales, el 6 de abril de 2017, en la que fue condenada por los delitos de estafa y concierto para delinquir. Se fijó como nueva pena de prisión acumulada 171 meses e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de la pena de prisión.

2.- La sentenciada KELLY JOHANNA BAQUERO OTALVARO, por cuenta de estas diligencias se encuentra privada de la libertad desde el 12 de abril de 2018.

III. DE LA PETICIÓN

Solicitó la sentenciada se conceda la sustitución de la pena de prisión formal por la prisión domiciliaria como madre cabeza de familia, señalado que es madre de tres hijos menores adolescentes, residentes en la ciudad de Fusagasugá -Cund-, que buscan la protección de su progenitora, toda vez que el padre los abandonó y se encuentra radicado fuera del País, desatendiendo sus obligaciones.

Refirió que se encuentran censados en el registro único de víctimas por el hecho de desplazamiento forzado y hace parte de una comunidad indígena, a la fecha se encuentra en fase de mediana seguridad o que significa que ha superado una etapa de la condena, que le permite vivir en comunidad con mejor calidad de vida y desempeñarse en labores de confianza dentro del penal.

Por disposiciones del INPEC, fue removida de la ciudad lo que ha generado una grave desatención familiar con el cuidado de sus hijos, es decir, el trato recibido ha sido a la inversa, alejarme de la unidad familiar aun centro de reclusión que reviste mayor seguridad, desconociendo haber superado requisitos que me permiten estar más cerca de mi núcleo familiar.

Viene padeciendo graves quebrantos de salud desde algunos años atrás, inclusive algunos tratamientos están postergados para la intervención quirúrgica que se debe adelantar, sus hijos residen en la calle 23 No 46-63 Casa 57 Conjunto Cerrado Parques de Sevilla en Fusagasugá, quienes están al cuidado por el momento de una pariente quien les suministra lo mínimo necesario para su buen vivir, sin embargo, la ausencia de su progenitora al estar privada de la libertad es fundamental para su desarrollo armónico.

Desde el 14 de abril de 2018 fecha de su captura, sus hijos no han logrado recibir mi amor y calor humano personalmente, las razones las cortapisas que impone la administración penitenciaria para su ingreso, como menores de edad, han recurrido a la norma legal expresa en el Código de Infancia y Adolescencia, cuya finalidad es garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para crecer en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, donde prevalecerá el reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna.

Las normas sustantivas y procesales para la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes, garantizan el ejercicio de sus derechos y libertades consagrados en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, en la Constitución Política y en las leyes, así como su restablecimiento, donde dicha garantía y protección es obligación de la familia, la sociedad y el Estado.

Las normas sobre los niños, las niñas y los adolescentes, son de orden público, de carácter irrenunciable y los principios y reglas en ellas consagrados se aplicarán de preferencia a las disposiciones contenidas en otras leyes, en la Constitución Política, en los tratados o convenios internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, es decir, se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.

Mediante auto de 6 de septiembre de 2023, se ordenó la practica de una visita domiciliaria al lugar en donde residen los hijos de la sentenciada, para efectos de verificar las condiciones en las que se encuentran y las posibles situaciones de vulnerabilidad que los afecten, para lo cual se comisionó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar con sede en Fusagasugá -Cund-

Al Despacho se encuentra el informe realizado por un asistente social ICBF con sede en Fusagasugá -Cund-, en relación con la visita practicada a la residencia en donde habitan los tres hijos de la sentenciada.

IV. CONSIDERACIONES

I. De la Prisión Domiciliara como Madre o Padre Cabeza de Familia

a. Desarrollo normativo del sustituto penal de la prisión domiciliaria previsto en la Ley 750 de 2002

La Ley 750 de 2002 establece que el hombre o mujer cabeza de familia puede cumplir la ejecución de la pena privativa de la libertad en el lugar de su residencia, siempre que

acredite los requisitos contenidos en el art. 1° de la normatividad en comento, esto es, que el desempeño personal, laboral, familiar o social, permitan deducir que no pondrá en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo, hijos menores de edad o hijos con incapacidad permanente y que no se trate de delitos de genocidio, homicidio, delitos contra las cosas o personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario entre otros.

No obstante lo anterior, pacífica ha sido la postura jurisprudencial según la cual, en aras de garantizar el principio de favorabilidad en la aplicación de la ley penal, se debe armonizar el contenido de la Ley 750 de 2002 con el numeral 5° del art. 314 de la Ley 906 de 2004, pues si bien este precepto hace referencia a la figura de la detención preventiva, es posible efectuar la sustitución de la ejecución de la pena bajo este mismo presupuesto, según lo dispone el art. 461 *ibidem*.

La Corte Suprema de Justicia en la sentencia SP1251-2020 de 10 de junio de 2020, M.P. Patricia Salazar Cuellar, recordó los criterios a tener en cuenta para la concesión de este sustituto penal o cambio de lugar de reclusión, de la siguiente manera:

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

Recientemente, a través de la SP4945-2019, rad. 53.863, la Sala fijó las reglas aplicables para decidir sobre la prisión domiciliaria especial para personas cabeza de familia. A continuación, se reproducirán las premisas pertinentes para resolver en el presente asunto.

4.2.2.1. La definición de madre -o padre- cabeza de familia “Al respecto, el art. 2° de la Ley 82 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 1232 de 2008, establece lo siguiente:

Jefatura Femenina de Hogar. Para los efectos de la presente ley, la Jefatura Femenina de Hogar es una categoría social de los hogares, derivada de los cambios sociodemográficos, 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.

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 1° de la Ley 750 de 2002,4 en punto de los requisitos para conceder la sustitución de la prisión, establece:

4 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.

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.

La anterior conclusión se aviene a los argumentos expuestos en el Congreso de la República durante el trámite de discusión de la referida ley:

En particular en tales casos se percibe la urgencia de la adopción de medidas de apoyo especial a dichas mujeres, por cuanto es un hecho reconocido que los hijos menores **y otras personas incapaces a cargo de la mujer cabeza de familia reclusa** quedan desamparados y a merced de las más nefastas influencias de la sociedad, lo que conlleva un doble efecto negativo para la sociedad, por una parte, el que no pueda cumplir esa mujer reclusa, su rol natural respecto de sus hijos y de otras personas incapaces a su cargo, y de otra parte, que reciban esos menores una negativa orientación que los determinará con alta probabilidad a ubicarse al margen de la ley en el futuro, como medio de subsistencia y como el único modo de vida aprendido.⁵

(...)

Este especial apoyo se dirige a permitir que la mujer cabeza de familia reclusa, **pueda reintegrarse de facto a su círculo familiar**⁶ a fin de desempeñar el rol que le corresponde, mediante la figura de la "pena sustitutiva de prisión domiciliaria" y su relacionada medida de aseguramiento denominada "detención domiciliaria" y/o mediante la redención de su pena, encuentre o no reclusa en centro carcelario o penitenciario, a través de la redención de su pena por trabajo comunitario.⁷

(...)

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).

5 Gaceta del Congreso N° 113 de 2001.

6 Negrilla no hace parte del texto original.

7 Ibidem.

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

(...)

El tema no fue resuelto en la sentencia C-184 de 2003, porque allí solo se analizó el trato legal diferenciado a los hijos de los procesados, dependiendo de si su cuidado y manutención estaban exclusivamente a cargo de la madre o del padre.

En opinión de la Sala, las razones expuestas por la Corte Constitucional en la sentencia en mención, aunadas a otras motivaciones de rango constitucional, son suficientes para concluir que en esos otros grupos poblacionales (personas incapaces o incapacitadas para trabajar), no sólo son relevantes las acciones afirmativas a favor de las madres cabeza de familia (...) De hecho, lo que resulta más trascendente es la protección de las personas que están exclusivamente a cargo del procesado, en los términos establecidos en la ley. Ello resulta indiscutible respecto a los niños, pero también es relevante frente a otros grupos de personas especialmente vulnerables, como los ancianos y las que padecen graves afecciones físicas o mentales".

4.2.2.3. El especial cuidado con el que el juez debe analizar el cumplimiento de los requisitos para la concesión de la prisión domiciliaria

"El legislador supeditó el otorgamiento del beneficio de prisión domiciliaria para madres -o padres- cabeza de familia, a los requisitos transcritos en el numeral 4.2.2.2. Ese aspecto ha sido objeto de preocupación al interior de la Corte Constitucional y de esta Corporación, pues si bien es cierto debe abogarse por la protección de los niños y demás personas vulnerables que dependan del condenado, también lo es que debe evitarse que el cambio de sitio de reclusión ponga en riesgo a esas personas y/o a la comunidad.

Al respecto, en la sentencia C-184 de 2003 se hizo énfasis en lo siguiente:

Son los jueces quienes deben impedir, en cada caso, que mediante posiciones meramente estratégicas, un hombre invoque su condición de ser cabeza de familia tan sólo para acceder en beneficio personal a la prisión domiciliaria. Por ello, el juez debe valorar (i) que **la medida sea manifiestamente necesaria, en razón al estado de abandono y desprotección** a que quedarían expuestos los hijos del condenado, (ii) que ésta sea adecuada para proteger el interés del menor y (iii) que no comprometa otros intereses y derechos constitucionalmente relevantes.

Recientemente (CSJ SP 25 sep. 2019, rad. 54.587), esta Sala de Casación analizó ampliamente la importancia de verificar esos requisitos. Sobre la base de lo expuesto por la Corte Constitucional en el referido fallo, reiteró su línea jurisprudencial sobre el punto. Por su importancia para la establecer la responsabilidad que tienen los jueces al resolver este tipo de asuntos, se traerá buena parte de lo expuesto en esa oportunidad:

En esa misma sentencia de constitucionalidad, se advirtió que la prisión domiciliaria era improcedente, entre otras razones, si la misma implicaba un riesgo para la comunidad..., juicio este que dependía del **desempeño personal, familiar, laboral y social del condenado, una de cuyas manifestaciones sería el tipo de criminalidad en la que estuvo involucrado** porque, por ejemplo, si se trató de delincuencia organizada o de otra que implique la exposición a riesgos para los menores, la concesión del subrogado, seguramente, no consultaría su finalidad legal. Obsérvese:

(...). Según el artículo 1° de la propia ley, para acceder a este derecho deben cumplirse varios requisitos. Antes de conceder el derecho el juez debe haber valorado: (a) el desempeño personal, es decir, su comportamiento como individuo, (b) el desempeño familiar, o sea, la forma como ha cumplido efectivamente sus deberes para con su familia y la manera como se relaciona con sus hijos, (c) **el desempeño laboral, con el fin de apreciar su comportamiento pasado en una actividad lícita y (d) el desempeño social, para apreciar su proyección como miembro responsable dentro de la comunidad.** Con base en el estudio de la manera como se comporta y actúa en estos diferentes ámbitos de la vida, el juez debe decidir si la persona que invoca el derecho de prisión domiciliaria no pone en peligro: (i) a la comunidad, (ii) a las personas a su cargo, (iii) a los hijos menores de edad y (iv) a los hijos con incapacidad mental permanente. Así, **el juez habrá de ponderar el interés de la comunidad en que personas que han tenido un comportamiento asociado, por ejemplo, a la criminalidad organizada y, por ende, pueden poner claramente en peligro a la comunidad, no accedan al derecho de prisión domiciliaria.**

(...) Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, a partir de 2011, en la sentencia -de casación- SP jun. 22 rad. 35.943, estableció, en posición reiterada y uniforme, que los requisitos de la prisión domiciliaria fijados en los incisos 2° y 3° del artículo 1° de la Ley 750/2002, uno de los cuales es el **pronóstico de peligro para la comunidad** en general y para los hijos menores de edad -o discapacitados- en particular, se encontraban vigentes.

(...) En el mismo sentido, la sentencia -de segunda instancia- SP feb. 22 de 2012, rad. 37.751 advirtió que la postura según la cual «la concesión, tanto de la sustitución de la detención como de la prisión intramural, por la domiciliaria, era indiferente respecto de las exigencias contenidas en la ley, y, por tanto no importaba el tipo de delito, la existencia de antecedentes penales, ni el comportamiento de su beneficiario», fue variada desde la SP, jun. 22/2011, rad. 35.943, que estableció que «en cada caso, resulta necesario e ineludible realizar una ponderación entre los fines de la medida de aseguramiento o de la pena -según se trate- y las circunstancias del menor por proteger con la sustitución de la internación carcelaria».

Luego, en la sentencia (de segunda instancia) SP6699-2014, may. 28, rad. 43.524, se reiteró, con cita textual inclusive, la tesis jurisprudencial fijada desde 2011, para ratificar la negativa a conceder prisión domiciliaria a la acusada, entre otras razones, por la gravedad de los delitos que había cometido, como se puede visualizar en los siguientes fragmentos:

Adicionalmente, descartó la condición de madre cabeza de familia de la procesada, lo cual no fue óbice para que explicara amplia y profundamente las razones por las cuales no procedía el beneficio sustitutivo, haciendo especial énfasis en la gravedad de las conductas punibles investigadas.

Es por lo anterior que se convalidará lo decidido por el a quo, pues, debe recordarse, ese aspecto no está proscrito del análisis obligado en torno de la concesión de los subrogados penales.

(...)

..., en el presente asunto no puede soslayarse la gravedad de las conductas punibles que se le imputaron a la procesada, tres constitutivas de peculado por apropiación a favor de terceros y seis de prevaricato por acción...

De igual manera, en el auto AP7579-2014, dic. 10, rad. 45065, con apoyo en la tesis que anticipó la sentencia SP, mar. 23/2011, rad. 34.784, y reproducida en la SP6699-2014 que se acaba de transcribir parcialmente, se manifestó:

..., en varias oportunidades la Sala ha señalado que **el análisis de la gravedad del delito, de cara a determinar el posible peligro para la comunidad, no sólo puede, sino que debe abordarse** al momento de analizar el presupuesto subjetivo que para la concesión de la prisión domiciliaria consagra el citado precepto.

(...) En ese contexto, no sería dable predicar -como lo hace el demandante- que el sentenciador dejó de aplicar el artículo 1° de la Ley 750 de 2002, porque es evidente que la negativa a conceder el beneficio a la procesada está soportada en el examen de los requisitos que consagra la norma y que no encontró acreditados a cabalidad, específicamente, los que hacen relación al desempeño laboral y social de la procesada y a la gravedad del ilícito imputado, que condujeron al juez colegiado a concluir en la necesidad de purgar la pena en establecimiento carcelario, en orden a preservar la tranquilidad y seguridad de la comunidad.

Por último, se citan otros pronunciamientos -autos de casación-, todos anteriores a las fechas en que el juez acusado profirió las decisiones que los contradecían, que se insertan en la misma línea jurisprudencial: AP, ago. 28/2013, rad. 41583; AP, nov. 20/2013, rad. 42385; AP5749-2014, sep. 24, rad. 44309; y AP7210-2014, nov. 26, rad. 42577. Inclusive, esa posición se ha mantenido vigente, como se indicó en la SP7752-2017, may. 31, rad. 46277.

Entonces, conforme al artículo 1° de la Ley 750/2002 y a la línea jurisprudencial, tanto constitucional como penal -a partir de 2011-, **la ponderación de la naturaleza y gravedad del delito objeto de condena, así como el pronóstico de peligro para la sociedad...**, realizado con base en las anotadas características de la conducta punible y en el restante desempeño personal, familiar, laboral y social del condenado, son requisitos obligatorios de estudio para determinar la viabilidad de la prisión domiciliaria por la condición de padre o madre cabeza de familia".

4.2.2.4. El peligro para la comunidad como referente impeditivo para la concesión de la prisión domiciliaria

Como quedó visto en precedencia (núm. 4.2.2.3. supra), la gravedad de la conducta por la cual se emite la condena es un factor a considerar a la hora resolver sobre la sustitución de la sanción penal -salvo en eventualidades de aplicación del art. 38 B del C.P.8, en donde, superado el factor objetivo, únicamente ha de verificarse el arraigo familiar y social del condenado-. Sin embargo, la Sala también ha clarificado que la ponderación de dicho aspecto -a considerar en la valoración de factores subjetivos, como los aplicables a la prisión domiciliaria por ser cabeza de familia y al subrogado previsto originalmente en el art. 38-2 del C.P.- ha de ser sumamente cuidadosa, a fin de evitar que, bajo el pretexto de la gravedad abstracta de la conducta, se repita el juicio de antijuridicidad que, en sede legislativa, se ve expresado en la tipificación de la conducta y, en el plano judicial, se manifiesta en la imposición de la pena.

La simple alusión a la gravedad del comportamiento no es suficiente para justificar la negativa de la sustitución de la pena. Lo que -en clave de factor subjetivo- se exige al sentenciador es que aplique, en el mejor sentido del vocablo, un juicio sobre el riesgo a la comunidad, expresado en la posibilidad de reiteración delictiva ante la falta de reclusión carcelaria del condenado. Si ese riesgo es plausible, la prisión intramuros se hace necesaria, en desmedro del cumplimiento de la pena en el domicilio.

A ese respecto, en la SP2439-2019, rad. 53.651 la Sala clarificó la teleología que subyace al examen y ponderación de los factores subjetivos influyentes en la prisión domiciliaria regulada en el art. 38-2 del C.P., igualmente aplicables a eventualidades en que ésta se concede atendiendo la condición de cabeza de familia del sentenciado, dado que en ambos institutos tiene cabida la valoración del desempeño personal, familiar, laboral y social del sentenciado, de cara a evaluar si la reclusión domiciliaria pone en peligro a la comunidad.

De lo que se trata, se afirmó en dicha decisión, es de valorar la condición del sentenciado en esos ámbitos, frente al cumplimiento de la finalidad del instituto y los fines de la pena. Cumplido el aspecto objetivo, consistente en la no superación de determinado tope punitivo, cuyo equivalente en el art. 1° de la Ley 750 de 2002 es la condición de ser cabeza de familia, la ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el domicilio del sentenciado siempre que el juez pueda decidir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad.

De ahí que la mera invocación, genérica o abstracta, a la gravedad de la conducta tipificada en la ley penal, desarticulada de un análisis particular y concreto sobre el peligro para la comunidad, por sí misma, no es suficiente para negar el beneficio. En el ámbito de la sustitución de la prisión, la gravedad del comportamiento no ostenta una condición retributiva que automáticamente obligue al juez a ordenar la reclusión en prisión. No. Tal factor ha de integrarse al desempeño del condenado, en sus esferas personal, familiar, social o laboral, dependiendo la específica modalidad de conducta por aquél desplegada. En ese entendido, ha de integrar la ponderación y aplicarse funcionalmente como criterio proyectivo o predictivo sobre la posibilidad de que el cumplimiento de la pena en el domicilio ponga en peligro a la comunidad."

Lo anterior quiere decir que para otorgar la prisión domiciliaria o el cambio de sitio de reclusión bajo la condición de padre o madre cabeza de familia, deben acreditarse los siguientes presupuestos: i) que el condenado acredite que está a cargo del cuidado de hijos menores propios u otras personas incapacitadas para trabajar, ii) que sea el único soporte, para su cuidado, manutención y que dependa exclusivamente de él, iv) que ésta sea adecuada para proteger el interés del menor, v) que no comprometa otros intereses y derechos constitucionalmente relevantes, vi) que se analice el desempeño personal, familiar, laboral y social del condenado y, vii) llevar a cabo un análisis de la gravedad del delito de cara a determinar el posible peligro para la comunidad.

V. DEL CASO EN CONCRETO

En primer lugar, del informe de visita domiciliaria realizado por la trabajadora social del ICBF, se estableció que los tres hijos de la sentenciada dos mujeres y un hombre, cuentan con las edades de 17, 16 y 14 años, residen en una vivienda de propiedad de una tía de la sentenciada, en compañía de su hermana mayor Kira Catalina (hija única del progenitor) junto con la abuelita paterna de la sentenciada de 87 años de edad y con algunos padecimientos de salud propios de la edad.

Se informó que el padre de los menores reside el Costa Rica hace más de 4 años y no reciben apoyo de su parte.

Kiriya Catalina se encuentra al cuidado de sus hermanos menores y es apoyada en esa labor por la abuela paterna de la sentenciada y por la tía duela del apto donde residen, quien los acompaña a Bogotá, para visitar a la sentenciada.

Señaló la hermana de los hijos de la sentenciada (Kiriya), que tienen buena salud mental y no tiene problemas relacionados con el consumo de sustancias psicoactivas, aunque dos de ellos asistieron a psicólogo por problemas de depresión, que se presentaron al quedar sin sus progenitores.

Finalmente, se verificó que se encuentran afiliados a EPS y residen en una casa que cuenta con todas las comodidades para el diario vivir. El sustento familiar proviene del trabajo que realiza la hermana mayor de los hijos de la sentenciada y de los aportes dados por la sentenciada producto de su trabajo que realiza en la Cárcel y Penitenciaría con Alta y Media Seguridad Para Mujeres de Bogotá (El Buen Pastor). No pagan arriendo a la familiar dueña de la casa donde residen, quien también los provee de los servicios públicos.

Conforme lo anterior, no se encuentra acreditado que sea la única persona que este o pueda estar a cargo de sus hijos, pues en su ausencia dicha labor fue asumida por la hermana mayor de los menores, una tía y la abuela paterna de la sentenciada.

Así las cosas, al verificarse que la los hijos de la sentenciada se encuentran en buenas condiciones, escolarizados, afiliados en salud y que la sentenciada no es la única persona que responde por ellos, se puede afirmar que no reúne el primer requisito para ser considerada madre cabeza de familia.

Respecto de los restantes requisitos para acceder a la sustitución de la pena, bajo la figura de madre cabeza de familia, tampoco se encuentran acreditados, toda vez que no se verificó en forma, suficiente y positiva sus condiciones, personales, familiares, laborales y sociales, y de lo que se tiene conocimiento por cuenta de las diligencias, es que se mantuvo en el camino del delito por un largo periodo de su vida previo a su captura.

En estas condiciones, se antepone el interés general, frente al particular de la sentenciada, en relación con su hijos, quienes cuentan con sus derechos fundamentales garantizados y aunque la privación de la libertad de su progenitora, los puede afectar, debe señalarse que no por este solo hecho de manera automática se adquiere la condición de madre cabeza de familia, pues tal y como se encontró sus descendientes no están en abandono, ni en riesgo de estarlo, pues, son apoyados por su familia cercana (hermana mayor) y ello debe ser así, en consideración a la corresponsabilidad, señalada en el art. 10 del Código de la Infancia y la adolescencia Ley 1098 de 2006.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO VEINTISEIS (26) DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE BOGOTÁ D.C.**,

RESUELVE:

PRIMERO.- NEGAR, por las razones expuestas, la solicitud de prisión domiciliaria como madre cabeza de familia elevada por la sentenciada Kelly Johanna Baquero Otalvaro.

SEGUNDO.- NOTIFICAR de esta decisión a la sentenciada Kelly Johanna Baquero Otalvaro, en las instalaciones de la Cárcel y Penitenciaría con Alta y Media Seguridad Para Mujeres de Bogotá (El Buen Pastor).

Contra la presente decisión proceden los recursos ordinarios.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LEONOR MARINA PUIN CAMACHO
JUEZ

7 de 7

Calle 11 No. 9 A -24 Piso 5° - Teléfono: 3422563
ejcp26bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

chpg

RV: RECURSODE REPOSICION CON SUBSIDIO DE APELACION AL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA PROFERIDO MEDIANTE AUTO INTERLOCUTORIO No 1087 DE FECHA 9 DE NOVIEMBRE DE 2023.

Juzgado 26 Ejecución Penas Medidas Seguridad Circuito - Bogotá - Bogotá D.C.

<ejcp26bt@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Jue 16/11/2023 3:17 PM

Para: Ventanilla Centro Servicios Juzgado Ejecución Penas Medidas Seguridad - Bogotá - Bogotá D.C.

<ventanilla2csjepmsbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

 2 archivos adjuntos (3 MB)

RECURSO DE REPOSICION CON SUB DE APELACION KELLY JOHANNA BAQUERO OTALVARO.pdf; AUTO INTERLOCUTORIO No 1087.pdf;

Favor ACUSAR el recibido,

Cordialmente,



Juzgado 26 de Ejecucion de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá

Calle 11 N° 9 A – 24 Piso 5

Teléfono: 3422563

De: Antonio Yaqueno <antoniodelacruzpasto@gmail.com>

Enviado: jueves, 16 de noviembre de 2023 3:07 p. m.

Para: Juzgado 26 Ejecución Penas Medidas Seguridad Circuito - Bogotá - Bogotá D.C.

<ejcp26bt@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Ventanilla Centro Servicios Juzgado Ejecución Penas Medidas Seguridad - Bogotá - Bogotá D.C. <ventanilla2csjepmsbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: baquero1512@gmail.com <baquero1512@gmail.com>

Asunto: RECURSODE REPOSICION CON SUBSIDIO DE APELACION AL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA PROFERIDO MEDIANTE AUTO INTERLOCUTORIO No 1087 DE FECHA 9 DE NOVIEMBRE DE 2023.

Señores

JUZGADO (26) VEINTISÉIS DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE BOGOTÁ.

Edificio Kaisser

E. S. D.

RADICADO

No 73001 61 00 000 2019 00009 00

Cordial saludo.

Me permito adjuntar recurso de reposición con subsidio de apelación.

Cordialmente,

KELLY JOHANNA BAQUERO OTALVARO

C.C. No.1.069.730.793

Email baquero1512@gmail.com