

**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**JUZGADO CINCUENTA Y SIETE PENAL DEL CIRCUITO
CON FUNCION DE CONOCIMIENTO DE BOGOTA
Carrera 28 A Nro. 18 A 67 Piso 5, Bloque E.
Complejo Judicial de Paloquemao
Telefax 3753827
Correo Institucional: j57pccbt@cendoj.ramajudicial.gov.co**

Bogotá D.C., dieciséis (16) de septiembre del dos mil veintiuno (2021)

ASUNTO

Resolver el recurso de apelación interpuesto por la señora Defensora de la procesada **NURCERI ESPERANZA NIAMPIRA SANTANA**, contra la decisión del JUZGADO 82 PENAL MUNICIPAL CON FUNCION DE CONTROL DE GARANTIAS de esta ciudad, a cargo de la doctora MARTHA RUTH TRUJILLO GUZMAN, proferida el día 17 de agosto del 2021, por medio de la cual negó la sustitución de la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, por detención domiciliaria por madre cabeza de familia.

RESEÑA PROCESAL

1°. Ante el Juzgado 82 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de esta ciudad, el 17 de agosto del 2021, se llevó a cabo audiencia de solicitud de sustitución de medida de aseguramiento de detención preventiva, impuesta el 02 de abril del 2021, por el Juzgado 52 Penal Municipal con Función de Control de Garantías, con fundamento en el artículo 307 literal A #1 del CPP por ser un peligro para la comunidad, por detención domiciliaria por ser madre cabeza de familia solicitada por la defensora de la procesada **NURCERI ESPERANZA NIAMPIRA SANTANA**, quien fue acusada por los siguientes delitos: HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO, FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO, USO DE DOCUMENTO PUBLICO FALSO Y SUPRESION y/o OCULTAMIENTO DE DOCUMENTO PRIVADO (artículos 239, 240 # 4, 241#2, 267 #1, 31, 289, 291 y 297 del CP), en la que se expresaron los siguientes argumentos:

*Que la procesada es madre de dos menores: una de trece años (iniciales LSRM) y otra de tres años (iniciales MRM).

* Que la procesada es madre cabeza de familia, de acuerdo con el artículo 314 #5 del CPP y la Ley 1232 del 2008, de conformidad con los registros civiles de nacimiento, certificación de residencia de la procesada, el informe técnico forense psicológico del 28 de junio del 2021, firmada por MAYERLI ESTRADA, tres declaraciones extra proceso, que dicen que

las dos menores dependen afectivamente y económicamente de la imputada, y un documento firmado por varias personas que dicen que les consta que la acusada es madre cabeza de familia.

*Que luego de la detención de la procesada el 02 de abril del 2021, la menor de trece años (LSRM) quedó bajo el cuidado del padre y la otra menor (MRM) vive con la abuela materna y está bajo el cuidado de la madrina de bautizo de nombre IVON CASANOVA, pero el padre la visita cada ocho días.

* Que de acuerdo con el informe de psicología forense, una vez capturada la procesada, quien entrevistó a la señora IVON CASANOVA, dijo que la relación entre las hijas de la procesada con el papá de las niñas terminó antes del nacimiento de la menor MRN; que luego de la captura de la procesada, la menor LSRM se fue a vivir con el papá por la situación económica, que ha estado muy rebelde, que solo quiere dormir, que está aburrída por eso, que está en una etapa de negación, que su papá tiene otro hogar, que la separación con la mamá le genera un impacto emocional, y le afecta su sano desarrollo, ya que la madre de las menores siempre ha estado con ellas.

* Que de acuerdo con el informe psicológico es necesario el trato de la menor MRM con la mamá, ya que en la primera infancia es necesaria la presencia de las dos figuras parentales, y la falta de contacto de la madre con la menor MRN le puede generar un trastorno de apego, por su edad, afectándole su desarrollo, le puede generar miedo, rabia, aislamiento social, depresión, ansiedad, estrés, vergüenza y baja autoestima, en general un riesgo para su salud mental, y que la madrina de bautizo de la hija menor y la abuela materna, no son idóneas para reemplazar a la mamá, ya que la madre de las menores siempre ha estado junto a ellas, y se debe garantizar el apego, el contacto físico con la mamá, con las dos figuras parentales, el derecho al “libre desarrollo al apego”; estimando la psicóloga que hay temor que el padre pida la custodia de MRN y que la menor se olvide de la mamá.

* Citó una decisión del 01 de marzo del 2013, Magistrado VICTOR MANUEL CHAPARO BORDA, del TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI, replicada por la SALA DE CASACION PENAL DE la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, radicado 46277 SP 7752 del 31 de mayo de 2017, Magistrada PATRICIA SALAZAR CUELLAR, que dice que la sola existencia de otros familiares no es suficiente, ya que es necesario que esos familiares estén en capacidad de hacerse cargo de la menor moral y materialmente, lo cual debe ser objeto de ponderación por parte del juez al momento de “la imposición de la pena”. Y también citó la tutela T 212-2014, en cuanto que no se deben tener en cuenta los delitos cometidos por la madre cabeza de familia.

2°. El apoderado del CONJUNTO RESIDENCIAL PRADOS DE LA SABANA II, quien funge como una de las víctimas, se opuso a la petición de la defensa.

3°. La señora JUEZ 82 PENAL MUNICIPAL CON FUNCION DE CONTROL DE GARANTIAS de esta ciudad, negó la solicitud con base en los siguientes argumentos:

*Dijo que no puede apartarse de los hechos, los cuales relató, refiriéndose a las dos denuncias presentadas por los representantes legales de dos conjuntos residenciales, en los que la procesada fue designada como administradora en los años 2020 a 2021, de donde presuntamente se apropió de dineros de los Conjuntos, en cuantía de DOSCIENTOS ONCE MILLONES CIENTO SESENTA MIL CIENTO OCHENTA Y TRES MIL PESOS de un conjunto residencial, y TREINTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y DOS PESOS, en el otro conjunto residencial.

*Sostuvo que la Defensa no probó que la menor MRN esté en estado de abandono e indefensión; que no se allegó prueba que la menor no pueda estar bajo el cuidado de una persona diferente a su progenitora, ya que está bajo el cuidado de la madrina y su abuela, que el padre de las menores no está en incapacidad de cuidar de dichas menores, quien es el que está llamado a responder por ellas; que respecto del informe psicológico es natural la afectación que debe sufrir un menor de edad al no tener consigo a su progenitora; que no se satisfacen los requisitos del numeral quinto del artículo 315 del CPP en cuanto que la procesada sea la única que responde por los menores, máxime que fue capturada en el Departamento del Huila, muy lejos del domicilio de las menores en la ciudad de Bogotá; citó las sentencias T-003 del 2018 y la T-093 del 2009 de la CORTE CONSTITUCIONAL, en cuanto que ésta última indica que el acusado no puede excusarse en sus hijos para obtener la salida del centro penitenciario en el que se encuentre recluso.

*La señora Defensora, apeló la decisión aduciendo lo siguiente:

*Se debe probar la capacidad moral y material de la persona que debe hacerse cargo de la menor; que la procesada fue capturada en el departamento del Huila en semana santa cuando iba a visitar a su tío, cuando iba con la menor de tres años MRN; que la procesada no se fugó, ya que ella desconocía que existiera una denuncia; que en la sentencia T 212 del 2014, se dice que no se debe hacer énfasis en los delitos que cometió la procesada; “*que los sentimientos no son endosables*”, refiriéndose al vínculo de la menor con la mamá, ya que la menor y la mamá nunca habían sido separadas; y que respecto de la otra menor, si se fue a vivir con el padre, fue por la captura de la procesada.

*El apoderado de la víctima pidió que se declare desierto el recurso, porque no se refirió a la decisión apelada, sino a contradecir lo que el apoderado de la víctima había dicho al oponerse a la solicitud de la sustitución de la medida de aseguramiento; además que la defensora repitió lo que ya había dicho.

* La señora Juez concedió el recurso de apelación.

CONSIDERACIONES

El Despacho confirmará la decisión atacada, de conformidad con los siguientes argumentos:

1°. El artículo 314 del CPP, al tratar la sustitución de la detención preventiva, establece que: “La detención preventiva en establecimiento carcelario podrá sustituirse por la del lugar de la residencia en los siguientes eventos:

“...5. Cuando la imputada o acusada fuere madre cabeza de familia de hijo menor o que sufriende incapacidad permanente, siempre y cuando haya estado bajo su cuidado. En ausencia de ella, el padre que haga sus veces tendrá el mismo beneficio...”

2°. Respecto del origen de la figura de la madre cabeza de familia, la CORTE CONSTITUCIONAL en la Sentencia C-184 del 4 de marzo de 2003 (M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa), al revisar la constitucionalidad de la Ley 750 del 2002, dijo lo siguiente:

“...La razón principal que llevó al Congreso a expedir esta norma, es el hecho de que actualmente existe un gran número de familias cuya “cabeza” es una mujer que se encuentra recluida en prisión. Esto quiere decir que las personas encargadas de velar por el bienestar de un grupo considerable de niños, niñas, personas discapacitadas y personas de la tercera edad, están imposibilitadas para hacerlo.”

“Como esta realidad social tiene unas manifestaciones específicas y concretas en relación con la política criminal, decidió entonces el legislador adoptar una medida que sirviera para dos propósitos:”

- (a) Desarrollar el mandato constitucional del inciso final del artículo 43 de apoyo especial a la mujer cabeza de familia, en consonancia con la Ley 82 de 1993.¹
- (b) Pretenden “una protección especial buscando la total salvaguardia contra toda forma de abandono y desprotección,² según la situación irregular en que se encuentren los niños(as) por estar en abandono total o parcial, en peligro físico o moral, niños(as) en la calle, adolescentes embarazadas, niños(as) maltratadas y abusadas, adolescentes víctimas de conflicto armado, de violencia o de desastres, desplazados, menores trabajadores, menores infractores y contraventores de la ley penal y consumidores de sustancias psicoactivas (...)”³

“En otras palabras “(...) se busca facilitar el rol de la mujer colombiana cabeza de familia privada de la libertad, ya que esta circunstancia lleva a que los menores e incapaces que se encuentran bajo su cargo queden desamparados, puesto que es ella la única encargada de su protección, manutención y cuidado.”⁴.

¹ *Ibidem.*

² Dice la Ponencia para Primer Debate al Proyecto de Ley 193 de 2001, Senado (Ponentes: Cecilia Rodríguez González-Rubio.): “(...) El artículo 44 de nuestra Carta establece el derecho que tienen todos los niños a tener una familia y a no ser separados de ella, igualmente consagra el derecho al cuidado y al amor, obligación que encuentra su fuente primigenia y natural en los padres. De la misma manera pretende resguardar la maternidad conforme al artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a la familia como núcleo de la sociedad.” Gaceta del Congreso N° 84 de 2002.

³ Gaceta del Congreso No.175 de 2002, Ponencia para Segundo Debate al Proyecto de Ley 193 de 2001, Senado. Ponente: Cecilia Rodríguez González Rubio.

⁴ Gaceta del Congreso No.84 de 2002, Ponencia para Primer Debate al Proyecto de Ley 193 de 2001, Senado. Ponente: Cecilia Rodríguez González Rubio.

“Sin embargo, los derechos de las niñas y de los niños, pese a su especial protección, dentro de un estado social y democrático de derecho como el colombiano tienen límites como cualquier otra garantía constitucional”

*“...De esta manera, la jurisprudencia constitucional considera, por una parte, que es legítimo para el legislador introducir derechos en materia penal a mujeres que se encuentran privadas de la libertad, como por ejemplo la prisión domiciliaria; **pero por otra, considera que no concederla a una mujer cabeza de familia cuando ésta pone en riesgo la seguridad de la comunidad y puede representar una amenaza para los derechos de los asociados, es legítimo, porque es constitucional restringir esa posibilidad en tales condiciones.**”* – resaltado fuera de texto -

3°. La definición de mujer cabeza de familia implica para la Corte Constitucional, el cumplimiento de los siguientes elementos:

“...la Corte advierte que no toda mujer puede ser considerada como madre cabeza de familia por el sólo hecho de que esté a su cargo la dirección del hogar. En efecto, para tener dicha condición es presupuesto indispensable (i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental ó, como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar.

“Así pues, la mera circunstancia del desempleo y la vacancia temporal de la pareja, o su ausencia transitoria, por prolongada y desafortunada que resulte, no constituyen elementos a partir de los cuales pueda predicarse que una madre tiene la responsabilidad exclusiva del hogar en su condición de madre cabeza de familia” (Sentencia SU-388 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández)

4°. La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, prevé la posibilidad que la separación entre padres e hijos ocurra *“como resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio o la deportación”*.

5°. La detención o la prisión domiciliaría se concede es *“en el interés superior del menor o del hijo”*, no de la madre o del padre. Por lo tanto, de las pruebas debe deducirse la existencia de una necesidad manifiesta de proteger ese interés superior.

6°. Más que el suministro de los recursos económicos para el sustento del hogar, la Corte Constitucional hace énfasis en el cuidado integral de los niños (protección, afecto, educación, orientación, etc.), por lo cual un procesado o procesada podrían acceder a la detención domiciliaria cuando se demuestre que él sólo, sin el apoyo de una pareja, estaba al cuidado de sus hijos o dependientes antes de ser detenido, de suerte que la privación de la libertad trajo como secuela el abandono, la exposición y el riesgo inminente para aquellos.

7°. En este asunto, tal y como lo indicó la primera instancia, las dos menores hijas de la procesada cuentan con el apoyo moral y económico, principalmente del padre quien de acuerdo con las pruebas que presentó la defensa, no se ha sustraído a sus obligaciones como padre ya que en este momento está a cargo de la menor de trece años (iniciales LSRM) y visita cada ocho días a la menor de tres años (MRM).

En segundo término, la abuela materna y la madrina de bautizo de la menor de tres años (MRM) velan por su bienestar en ausencia de su progenitora, la procesada, sin que de las pruebas presentadas por la defensa se pueda establecer que no tengan ninguna de esas tres personas capacidad económica y capacidad moral para hacerse cargo de dichas menores.

8°. En tales condiciones, no se está frente a un caso en el cual el *derecho superior* de las menores hijas de la procesada deba hacerse prevalecer sobre las decisiones judiciales, adoptadas en aplicación de normas jurídicas de carácter público y que apuntan hacia el interés general de la colectividad, ya que las menores en cita no están desamparadas, ni en abandono.

Se trata de en uno de aquellos eventos donde la detención preventiva de la madre, impuesta en desarrollo de un proceso penal con todas las garantías, es legítima, admitida como tal aún por el derecho internacional ratificado por Colombia, y que no atenta contra el derecho de los niños a tener una familia, al cuidado y al amor, y a no ser separados de ella, debido a que, sin reunir la implicada las calidades de madre *cabeza de familia*, el interés superior de sus hijas no prevalece, y por ende, la detención intramural no debe retroceder en beneficio de aquellas.

9°. No desconoce el Juzgado que la privación de la libertad de la procesada, afecta emocionalmente a las menores, pues así lo indica el informe de la psicóloga que allegó la defensa. No obstante, este tipo de aflicciones no quedan amparados en la órbita de protección de los derechos superiores de los niños, ni en la esfera de protección de los derechos constitucionales de la familia, pues aquellos derechos podrían prevalecer únicamente en los casos concretos, cuando de la madre genere consecuentemente el abandono a su propia suerte, el riesgo inminente y la exposición general de los niños.

Se le debe indicar a la defensa, que la Ley o la jurisprudencia que citó, en ningún momento ampara lo que la psicóloga denomina el derecho al "apego", ni el derecho de un menor a tener en su crianza a los dos padres, sino el derecho de un menor a no quedar desprotegido, desamparado, sin ningún familiar que se haga cargo de él ante la privación de la libertad del padre o de la madre cabeza de familia, y en este caso tal y como acertadamente lo indicó la señora Juez de primera instancia, no se puede reconocer la calidad de madre cabeza de familia de la procesada, así haya presentado declaraciones extra proceso que lo afirmen, pues esa calidad no la reconoce una persona particular, sino el juez mediante el análisis que de las pruebas haga del caso concreto y de lo que la jurisprudencia y la ley, inclusive de lo que regulan las normas internacionales, sobre tal figura jurídica, pues no sobra indicar que las personas que no son abogadas confunden la figura del cabeza de hogar, esto es, del padre que lleva el sustento al hogar conformado con su pareja, con la figura de la madre cabeza de familia.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO 57 PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCION DE CONOCIMIENTO DE BOGOTA,

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la decisión del JUZGADO 82 PENAL MUNICIPAL CON FUNCION DE CONTROL DE GARANTIAS de esta ciudad, a cargo de la doctora MARTHA RUTH TRUJILLO GUZMAN, proferida en audiencia realizada el 17 de agosto del 2021, por medio de la cual negó la sustitución de la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, por detención domiciliaria por madre cabeza de familia, solicitada por la señora Defensora de la procesada **NURCERI ESPERANZA NIAMPIRA SANTANA**.

SEGUNDO. ORDENAR devolver la carpeta digital al CENTRO DE SERVICIOS JUDICIALES DE PALOQUEMAO, para que se hagan los respectivo registros y anotaciones.

Esta decisión se notifica en estrados y contra ella no procede ningún recurso.



JUAN PABLO LOZANO ROJAS

JUEZ

J.P.L.