

Sentencia T-693/10

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Causales genéricas y especiales de procedibilidad

MUJER CABEZA DE FAMILIA-Protección constitucional especial

DETENCION DOMICILIARIA-Sustitución de detención preventiva por lugar de residencia cuando imputado es padre cabeza de familia si se constata incapacidad de la madre para proveer cuidado y protección de hijos menores de edad o con discapacidad/DETENCION DOMICILIARIA-No tiene por finalidad favorecer a uno u otro padre, sino la efectiva protección de quienes se encuentran en especial condición de vulnerabilidad y dependencia

ACCION DE TUTELA-Improcedencia por cuanto el actor no reúne los requisitos de ley para ser considerado padre cabeza de familia

El Tribunal cuestionado no incurrió en una violación del debido proceso al negarle la medida de detención domiciliaria al accionante. Tal como lo evidenció el tribunal, el accionante no reúne los requisitos de ley para ser considerado padre cabeza de familia, pues a pesar del padecimiento psiquiátrico que sufre la madre de la menor, se encuentra en capacidad de continuar con el cuidado y protección de la menor y de sí misma.

Referencia: expediente T-2636351

Acción de tutela instaurada por Jeiner Guilombo Gutiérrez mediante apoderado judicial contra la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Magistrada Ponente:

Dra. María Victoria Calle Correa

Bogotá D.C., tres (03) de septiembre de dos mil diez (2010).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados, María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo y Juan Carlos Henao Pérez, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha proferido la siguiente

En el proceso de revisión de los fallos proferidos por la Sala de Casación Penal – Sala de Decisión de Tutelas de la Corte Suprema de Justicia –, el 19 de enero de 2010 y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia el 18 de marzo de 2010, dentro de la acción de tutela instaurada por Jeiner Guilombo Gutiérrez a través de apoderado judicial contra la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

El presente expediente fue escogido para revisión por medio de auto del 13 de mayo de 2010, proferido por la Sala de Selección de Tutelas Número Cinco repartido a la Sala Primera de Revisión.

I. ANTECEDENTES

El señor Jeiner Guilombo Gutiérrez actuando mediante apoderado judicial, instauró, el 7 de diciembre de 2009, acción de tutela contra la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por considerar que esta autoridad judicial incurrió en una vía de hecho y en la vulneración de los derechos de los niños y de igualdad, al revocarle la sustitución de la medida de aseguramiento de detención preventiva intramuros por la detención domiciliaria que había sido concedida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Descongestión Foncolpuertos – Cajanal –, dentro del proceso penal que se sigue en su contra.

1. Hechos relevantes

1.1. El 25 de noviembre de 2009, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al resolver el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía General de la Nación y la apoderada de la parte civil, Cajanal EICE, revocó la decisión de fecha 16 de octubre de 2009 mediante la cual el Juez Segundo Penal del Circuito de Descongestión de Foncolpuertos – Cajanal –, concedió la sustitución de la detención preventiva intramuros por la detención domiciliaria al accionante por encontrar que el procesado ostentaba la calidad de padre cabeza de familia, en razón del padecimiento mental de su compañera permanente y madre de la menor hija del procesado de 3 años de edad.

1.2. Advierte el accionante que no obstante que el Juez concedió la medida de sustitución

para proteger el interés superior del menor con fundamento en lo dispuesto en el numeral 5° del artículo 314 de la Ley 906 de 2004, así como en la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 9 de marzo de 2006 y en la sentencia C-184 de 2003 de la Corte Constitucional, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial al revocar la decisión argumentó: "...si bien es cierto la progenitora de la menor hija del encausado padece de un trastorno de personalidad, el mismo no la inhabilita para ejercer su rol de madre - aún cuando es evidente que se deben introducir cambios en su tratamiento para maximizar los efectos terapéuticos - y por ende-, la menor no se halla en condiciones de abandono y desprotección, que ameriten la concesión del beneficio otorgado".1

1.3. Por lo anterior, afirma que el despacho judicial demandado incurrió en una vía de hecho por defecto fáctico en tanto que para sustentar la revocatoria, citó apartes fuera de contexto del concepto del médico tratante y del dictamen realizado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses para negar la necesidad de la medida de protección para la menor con fundamento en la presencia del rol de madre, desconociendo el otro 99% del dictamen que se refiere a la existencia de síntomas que se describen como "momentos de paranoia, aislamiento, depresión fuerte, pensamientos y conductas suicidas sin pérdida del rol de madre", que afectan la vida, salud, integridad física y moral de la menor, toda vez que el tratamiento con droga y terapias al que debe someterse la madre en razón del trastorno de personalidad límite o bipolar severo que padece, le impide así no quiera, proteger a su hija y desempeñar efectivamente la función efectiva de la maternidad. Así, el Juez no tuvo en cuenta que una cosa es la función real y efectiva de ser madre y otra el rol de madre, con lo cual se desatendió la obligación del Estado de proteger de manera preventiva a los niños.

1.4. Sostiene también que el Tribunal, tergiversó y recortó la prueba para ocultar o minimizar el padecimiento grave de la madre de la menor y llevar a creer que no tiene incidencia directa en la vida e integridad física de la menor, lo que trajo como resultado: "a) Una alteración de la verdad plasmada en pruebas; b) una desvaloración o valoración negativa del trastorno que padece la compañera de mi defendida; c) una sobre estimación de algunos apartados del dictamen para así atentar contra la UNIDAD DE LA PRUEBA; d) una desvaloración por alteración de contenidos reales de las consecuencias del padecimiento de la madre de la menor, esto por pleno desconocimiento de aspectos que en los que la señora Magistrada adquem no es perito; e) y como corolario una vulneración de la necesidad de protección primaria y privilegiada de la menor MARIANA GUILOMBO GUTIERREZ, así como de

los derechos Constitucionales y deberes de mi defendido frente a su menor hija y frente a la imperiosa necesidad de que los jueces se sujeten a la prueba en su conjunto, sin poder tomar trozos aislados para hacer conclusiones contraevidentes y lo que es peor: f) la inexistencia de ataque de fondo sobre todos los aspectos trazados por la Juez segunda Penal del Circuito de Descongestión: con la alzada lo único que se demuestra es que (sic) decisión judicial a quo no fue controvertida, pues sus contenidos fueron no menos que desconocidos por la funcionaria ad quem. (Subrayas y negrilla del texto original).

1.5. Manifiesta que si bien la madre de la menor conserva su rol como algo innato, intrínseco a su naturaleza, que se refleja en el deseo de proteger a su hija y de cuidarla, de las pruebas periciales obrantes en el expediente se concluye que en virtud del padecimiento que la afecta, es un hecho cierto que eventualmente se puedan presentar situaciones de crisis de la madre que imposibiliten o no garanticen la debida atención para la menor, quedando en situación de peligro o abandono, que ameritan una protección inmediata y sin embargo fueron desconocidas por la autoridad judicial demandada.

Por lo anterior, solicita se restablezcan los derechos privilegiados de la menor Mariana Guilombo Ramírez, vulnerados con la decisión judicial proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y como medida provisional se suspenda la aplicación de la medida intramural, hasta tanto se decida la presente acción incoada para la protección de la menor que se encuentra en estado de peligro e indefensión.

1. Intervención del accionado y de los terceros vinculados

1. Contestación de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

La Magistrada Ponente de la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, dio respuesta a la acción de tutela para solicitar sea desestimada la pretensión, por encontrar que no ha incurrido la Sala en vía de hecho o causal alguna de procedibilidad del amparo. Manifiesta que se atiende a los argumentos expuestos en la providencia del 25 de noviembre de 2009, mediante la cual revocó la detención domiciliaria concedida al accionante, con fundamento en el examen médico legal y su ampliación, que determinan que la madre de la menor no se encuentra inhabilitada para ejercer la función materna y por

tanto no se puede predicar que se encuentre en condiciones de abandono o de desprotección.

Afirma que en la decisión cuestionada se concluye, previa valoración probatoria, que el procesado no funge como padre cabeza de hogar puesto que su compañera no se encuentra incapacitada mentalmente ni tampoco su hija en condición vulnerable que amerite la sustitución.

1. Intervención del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Descongestión de Foncolpuertos-Cajanal

La Juez Segundo Penal del Circuito de Descongestión Foncolpuertos - Cajanal -, dio respuesta a la acción de tutela solicitando que se declare su procedencia por haberse demostrado la vía de hecho por defecto fáctico en la providencia. Para sustentar sus afirmaciones la autoridad judicial expone los siguientes argumentos:

En primer lugar considera que el Tribunal accionado incurrió en un error en la valoración de las pruebas que resultaban definitivas para la decisión que se tomó y que en su criterio demuestran la condición de padre cabeza de familia del procesado. Por ello, destaca los siguientes hechos probados: (i) el trastorno afectivo bipolar que padecía su progenitora y su tía materna; (ii) la alteración de la estructura de la personalidad de la madre que guarda estrecha relación con las condiciones de su crianza, ya que desde los 22 días de nacida fue entregada a su tía quien la crió y por un período corto convivió con su padre, siendo sometida a maltrato físico y psicológico²; (iii) el diagnóstico que presenta de “trastorno de la personalidad límite con actual descompensación sintomatológica”; (iv) los síntomas de la enfermedad que padece la madre, tales como inestabilidad afectiva y emocional, con momentos de tristeza, ansiedad, llanto, ira, agresividad, impulsividad y poca contención a impulsos agresivos predominantemente sobre la niña; (v) la causa de crisis sintomática o descompensación se encuentra relacionada con la internación de su pareja; (vi) evidencia que la función psicológica materna ha logrado metabolizar los elementos destructivos para no lesionar severamente a la niña.

En segundo lugar, se ratifica en el análisis efectuado en la providencia que resolvió la

sustitución, especialmente en lo relacionado con: (i) la incapacidad síquica de la madre de la menor por la enfermedad que padece, encontrando que los patrones propios del padecimiento pueden producir una interferencia en el desempeño en una o más áreas del funcionamiento humano; (ii) destaca también la deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar por parte de la familia de la madre, debido al maltrato al que fue sometida cuando vivía con ellos y además porque su domicilio está ubicado fuera de la ciudad; y (iii) la desprotección y el riesgo inminente al que está sometida la menor por los comportamientos que puede llegar a desplegar y por los efectos que pueden producir los medicamentos.

En tercer lugar discrepa de dos de los argumentos expuestos por el Tribunal accionado para revocar la sustitución de la medida. El primero de ellos por cuanto si bien el trastorno de personalidad no es una enfermedad mental, si es un diagnóstico psiquiátrico que genera una sintomatología y requiere de un tratamiento específico con psicoterapias, medicamentos y programas estructurados en comunidades terapéuticas con equipos interdisciplinarios, para lo cual no cuenta con un soporte familiar que la acompañe, lo que en su criterio, pone en grave riesgo a su menor hija, siendo esa la razón y esencia de la decisión.

Tampoco comparte el argumento relacionado con el hecho que la señora Leydi Diana Ramírez puede cuidar de manera adecuada a su hija, puesto que aún cuando conserve su rol de madre, la enfermedad que padece produce interferencia en el desempeño del funcionamiento humano a causa de las descompensaciones sintomatológicas del trastorno de la personalidad. En su criterio el rol de madre que se encuentra preservado es el forense relacionado con el constructo mental que no varía de una semana a otra, lo que no indica que la interacción con su hija pueda verse interferida en un momento de crisis.

Adicionalmente estima que se configura la condición de padre cabeza de familia, por la incapacidad síquica claramente demostrada con el diagnóstico psiquiátrico de trastorno de personalidad límite, puesto que el artículo 2° de la Ley 82 de 1993, no exige una enfermedad mental permanente o transitoria del cónyuge o compañera o la existencia del rol de madre, sino su incapacidad física o sensorial.

1. Intervención de Cajanal EICE en Liquidación como parte civil

La apoderada judicial de Cajanal EICE en Liquidación, parte civil dentro de la causa penal seguida ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Descongestión para Fonfolpuertos – Cajanal –, intervino en la acción de tutela en ejercicio del derecho de contradicción, para solicitar se declare la improcedencia de la acción, argumentado para ello lo siguiente:

Advierte que ante la Fiscalía General de la Nación cursa actualmente múltiples investigaciones penales contra el accionante, en las que se ha proferido resoluciones de acusación por los delitos de fraude procesal, estafa agravada, falsedad en documento público, concierto para delinquir y enriquecimiento ilícito, entre otros. Por tanto, lo que pretende el actor es usar a su pequeña hija para obtener una sustitución de la detención alegando una condición de padre cabeza de familia que no tiene, puesto que no corresponde a la verdad que la niña se encuentre en estado de desprotección o de peligro.

Estima que la Sala Penal del Tribunal acertadamente concluyó, con fundamento en el análisis juicioso de los dictámenes médicos presentados por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, que si bien es cierto la madre de la menor padece de un trastorno de personalidad, éste no la inhabilita para ejercer su rol de madre, con lo cual la menor no se encuentra en condiciones de abandono o de desprotección que amerite la concesión del beneficio otorgado, ya que la niña está bajo el cuidado de la madre, quien está en capacidad de ejercerlo, como lo ha hecho durante el tiempo de reclusión del padre.³ Adicionalmente, con base en el material probatorio concluyó de manera seria y fundamentada que no se reúnen los presupuestos trazados por la Corte Constitucional y por la Ley para que el procesado sea considerado padre cabeza de familia, ni tampoco está demostrado que la sustitución de la detención preventiva intramuros por la detención domiciliaria sea manifiestamente necesaria ni adecuada en este caso para la protección de la menor.

Concluye que la detención del padre en el centro de reclusión no compromete los intereses de la menor, pero si compromete intereses y derechos constitucionales como son la protección de la comunidad, la protección de la víctima y el derecho a la justicia.

1. Intervención de la Fiscalía General de la Nación

La Fiscal Delegada ante la Corte Suprema de Justicia intervino dentro del trámite de la

acción, para solicitar se desestimen las pretensiones del accionante y se proceda con el traslado del sindicado al centro de reclusión, toda vez que no se cumplen las exigencias legales para que éste continúe con la detención domiciliaria que le fue otorgada.

Estima, con base en los mismos argumentos expuestos en el recurso de apelación interpuesto contra la decisión del 16 de octubre de 2009 proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de descongestión - Cajanal - Foncolpuertos, que la decisión del Tribunal accionado no atenta contra los derechos de protección de la menor, ni vulnera derechos fundamentales, puesto que de conformidad con el dictamen médico legal se concluyó que la madre de la menor padece un trastorno de personalidad que no le impide ejercer su rol de madre, el cual viene desempeñando desde el momento del nacimiento de la menor y no reposa en el expediente prueba alguna que demuestre que la niña haya estado en situación de peligro o de maltrato o descuido por parte de su progenitora.

De otra parte sostiene, que de conformidad con lo dispuesto en la Ley 750 de 2002, para la demostración de la condición de padre cabeza de familia se debe estudiar también las condiciones personales y sociales del procesado para determinar si se pone en peligro a la comunidad, aspecto que fue abordado por la Fiscalía al señalar la conducta desplegada por el señor Jeiner Guilombo como amenazante y dañosa puesto que: “de manera directa y a través de terceras personas desarrolló maniobras ilegales para esquilmar el patrimonio de CAJANAL, entidad que finalmente resultó liquidada ante la arremetida de los abogados que de manera ilegal a través de fallos masivos de tutela y demandas laborales lograron que varios Jueces Penales y Laborales del Circuito, condenaran a la Caja nacional de Previsión al pago de millonarias sumas de dinero, que finalmente fueron a parar al patrimonio de los abogados, entre ellos el de Jeiner Guilombo, quien obtuvo con esos peculios varias propiedades”⁴. De la misma forma recuerda que el sindicado fue vinculado al proceso el 26 de diciembre de 2006 mediante captura, la cual se hizo efectiva tan sólo hasta el mes de abril de 2009, lo que deja entrever que la menor nunca ha estado bajo el cuidado del sindicado y además desvirtúa la intención de acatar el llamado judicial, máxime si se tiene en cuenta que esa Fiscalía no era la única que la requería.

1. Sentencias de tutela objeto de revisión

3.1. La Sala de Casación Penal – Sala de Decisión de Tutelas –, de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del 19 de enero de 2010 negó las pretensiones de la demanda por encontrar que el accionante no demostró que la autoridad accionada haya incurrido en algunas de las causales de procedibilidad de la acción contra providencias judiciales, pues la decisión de revocar la sustitución que había sido concedida, está debidamente motivada al considerar que el demandante no tenía la calidad de padre cabeza de familia, por cuanto la menor está bajo la protección y cuidado de su mamá, quien de acuerdo al examen médico legal practicado, está en capacidad de continuar con el cuidado de su hija. Por el contrario, lo que pretende es continuar en sede constitucional con un debate como si éste mecanismo fuera una instancia adicional para revisar las decisiones judiciales.

3.2. Inconforme con la anterior decisión, el apoderado judicial del accionante impugnó el fallo de primera instancia por considerar que la Corte Suprema de Justicia al resolver la acción, no dio respuesta a los planteamientos expuestos en la demanda que hacen relación a la vía de hecho por defecto fáctico en la que incurrió el Tribunal al descontextualizar la prueba. Para tal efecto, reiteró los mismos argumentos expuestos en la demanda.

3.3. La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, mediante sentencia de 18 de marzo de 2010, confirmó el fallo impugnado al considerar que la providencia examinada no conlleva error susceptible de protección en sede de tutela. No obstante la anterior decisión, con el fin de poner a salvo los derechos de la menor, ordena que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a través de los funcionarios competentes, realice una labor de acompañamiento a la compañera permanente del accionante y a su hija, con el propósito de que constate que la madre de la menor Mariana Guilombo Ramírez atienda el tratamiento médico al que debe someterse y que verifique que la menor se encuentra en condiciones adecuadas para su seguridad, bienestar y desarrollo.

1. Pruebas decretadas por la Corte Constitucional.

4.1. Mediante Auto del 21 de julio de 2010 la Magistrada Ponente solicitó a Coordinador del Centro Zonal de Usaquéen del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Bogotá,

remitir el informe de la labor de acompañamiento a la señora Leydi Diana Ramírez Suárez y a su menor hija Mariana Guilombo Ramírez, con el propósito de constatar que la madre atiende el tratamiento médico al que debe someterse y de verificar que la niña se encuentra en condiciones adecuadas para su seguridad, bienestar y desarrollo, ordenado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en el fallo de segunda instancia proferido el 18 de marzo de 2010, dentro de la presente acción de tutela.

4.2. En el mismo auto, solicitó a la Asociación Colombiana de Psiquiatría rendir un informe en forma precisa, ordenada y detallada en relación con los siguientes puntos:5

“1. ¿Qué diferencia existe, si la hubiere, entre el trastorno afectivo bipolar, en crisis mixta psicótica aguda, diagnosticado a la señora Leydi Diana Ramírez Suárez madre de la menor Mariana Guilombo Ramírez en consultas ambulatorias, por el médico psiquiatra que la ha venido tratando, doctor Germán Aguirre Licht y el trastorno de personalidad límite, con actual descompensación sintomatológica, diagnosticado por la médico especialista en Psiquiatría, Ximena Cortés Castillo en el dictamen practicado el 2 de septiembre de 2009 y su ampliación del 7 de octubre de 2009, por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses que reposa a folios 63 a 78 del expediente de la referencia y que se anexa para conocimiento. Explique cada uno de ellos.

“2. Teniendo en cuenta que de conformidad con el dictamen practicado el 2 de septiembre de 2009 por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, el diagnóstico psiquiátrico denominado trastorno de personalidad límite que afecta a la señora Leydi Diana Ramírez Suárez se caracteriza por: “alteraciones de la alimentación, consumo de sustancias psicoactivas, intentos de suicidio y gestos auto agresivos, inestabilidad emocional, dependencia de un ambiente estable y estructurado para lograr un buen funcionamiento global, impulsividad, tendencia a establecer relaciones conflictivas, falta de perseverancia en la consecución de logros laborales y académicos, poca tolerancia a la frustración, poca capacidad de contención y comprensión de las propias emociones con gran intensidad y desborde de las mismas y episodios breves de sintomatología psicótica caracterizados por alucinaciones no complejas”, ver folio 76 del expediente que se anexa, y además por: “una alteración en su auto imagen e identidad, un estado afectivo sensible al estrés del medio

social una impulsividad que le hacen proclive a autolesionarse a ella misma y en ocasiones a los demás y una tendencia a tener ideas paranoides transitorias de persecución como respuesta al gran estrés, ver folio 78 del expediente de la referencia que se anexa, ¿Qué incidencia tiene la afección diagnosticada a la señora Leydi Diana Ramírez Suárez y las características mencionadas en el cuidado y protección que debe brindarle a su hija Mariana Guilombo Ramírez?.

“3. ¿Se encuentra la señora Leydi Diana Ramírez Suárez en capacidad de asumir el cuidado de la menor hija Mariana Guilombo, teniendo en cuenta la afección que le fue diagnosticada?

“4. ¿Qué peligro representa para la seguridad, protección y cuidado de la menor, el padecimiento diagnosticado a la madre de la menor?

“5. ¿Qué incidencias positivas o negativas puede tener en el cuidado y protección de la menor que la señora Leydi Diana Ramírez se encuentre bajo el tratamiento médico recomendado?

“6. ¿Qué incidencias positivas o negativas puede tener en el cuidado y protección de la menor que la señora Leydi Diana Ramírez no se someta al tratamiento médico recomendado?

“7. Teniendo en cuenta el fuerte vínculo afectivo entre la señora Leydi Diana Ramírez y su hija, el daño que podría producir la adopción de medidas de protección a favor de la niña que impliquen la separación de su madre, qué tan necesario es para el cuidado de la menor y para el tratamiento de Leydi Diana Ramírez, la presencia permanente del señor Jeiner Guilombo Gutiérrez como cuidador de este núcleo familiar, en el evento en que se le otorgara una detención domiciliaria que le permita ejercer efectivamente su rol de esposo y padre?”

4.3. Mediante oficio SCC. T-06276, radicado ante la Secretaría General de esta Corporación el 19 de julio de 2010, la Secretaría de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, remitió el informe psicológico solicitado de la menor, el cual fue elaborado el 15 de mayo de 2010 por el equipo psicosocial del ICBF Centro Zonal Usaquén. Explica que se utilizó como técnica la observación directa y entrevista de la menor Mariana Guilombo Ramírez. Después de describir algunos rasgos sobre su personalidad, consignó lo siguiente:

“Últimamente está sufriendo de Enuresis nocturna, regresando a etapas ya resueltas en su proceso de desarrollo. Apreciándose a su vez conductas de tipo regresivo, permitiéndole evacuar sobre sí misma. Durante la noche tiene pesadillas nocturnas, lo cual hace que se muestre bastante ansiosa, ya que sueña con mostros (sic) que la están atacando.

“Cuando se le indaga sobre su padre, refiere que este está en la cárcel modelo pero no sabe por qué. Además dice “Todas las noches rezo para que este conmigo nuevamente, ya que me hace falta y la casa no es lo mismo sin él”.

“La progenitora sufre de trastorno bipolar y psicosis. Se encuentra asistiendo a dos psiquiatras, los cuales están preocupados por la situación de la señora Leydi, ya que ésta no está tomando los medicamentos para su enfermedad, según refiere la señora por temor de poner en riesgo la salud y desarrollo del bebe. Es riesgoso que la niña siga viviendo bajo estas circunstancias con la madre, ya que la menor está en riesgo, debido a que la madre por su enfermedad y embarazo de alto riesgo se duerme y la menor que da sola en el hogar; En muchas ocasiones la han encontrado afuera del apartamento sin ningún adulto que se la este supervisando.

4.4. Mediante oficio No. 003055 recibido en la Secretaría General de la Corte Constitucional el 29 de julio de 2010, la Defensora de Familia de Centro Zonal de Usaquén del ICBF, en respuesta al requerimiento de esta Corporación afirmó que “en el último seguimiento adelantado por el equipo interdisciplinario, se evidencia que la señora LADY DIANA RAMIREZ, actualmente se encuentra bajo estricto tratamiento psiquiátrico, tomando su medicamento de acuerdo a la prescripción médica, al igual que cumple en forma adecuada el rol de madre, garantizándole a su hija MARIANA GUILOMBO RAMÍREZ condiciones adecuadas...”

Para sustentar sus afirmaciones, adjuntó el informe de la última visita adelantada el 28 de julio de 2010 en el domicilio de la señora y de la niña, elaborado por la Trabajadora Social y la Psicóloga del Centro Zonal, cuyo resultado es el siguiente:

“(...) Se observa a Lady sensible, vulnerable y nostálgica por la ausencia del esposo en el hogar y todas las situaciones que a raíz de la pérdida de su libertad, se viene presentando.

“Lady actualmente cuenta con siete meses y medio de embarazo, se encuentra en la ciudad en compañía de su hija Mariana y la señora de servicio doméstico. Lady no cuenta con redes

sociales de apoyo y el estado (sic) eleva sus niveles de ansiedad y preocupación.

“Actualmente se encuentra bajo estricto tratamiento psiquiátrico, tomando su medicamento de acuerdo a la prescripción. Por otra asiste puntualmente a los controles prenatales atendiendo las indicaciones que recibe en forma adecuada.

“Pese al trastorno que padece es una persona y madre funcional, es consciente de sus necesidades y carencias a nivel emocional, reconoce sus propias señales de alerta y a (sic) desarrollado los mecanismos de ajuste necesarios a los que debe acudir para evitar crisis mayores, logrando equilibrio y protección para su hija, el hijo por nacer y ella misma.

“Cumple adecuadamente el rol de madre; Mariana se aprecia en adecuadas condiciones físicas y anímicas, su presentación personal es adecuada al igual que sus habilidades sociales. No se observa vulneración de ninguno de los derechos fundamentales de la niña”.⁷

I. CONSIDERACIONES y fundamentos

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar las decisiones proferida dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en el artículo 241, numeral 9, de la Constitución Política.

1. Problema jurídico

El problema jurídico que debe resolver la Sala en esta oportunidad consiste en determinar si la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, incurrió en una vía de hecho por indebida apreciación del dictamen médico legal, al revocar por vía de apelación la decisión que concedió la sustitución de la medida de aseguramiento de detención preventiva intramural por la domiciliaria, por considerar que si bien la progenitora de la menor hija del accionante padece de “trastorno de personalidad límite con descompensación sintomatológica”,⁸ éste no la inhabilita para ejercer su rol de madre y por ende la menor no

se halla en condiciones de abandono y desprotección y, por lo mismo, el padre no ostenta la calidad de padre cabeza de familia.

Para resolver el problema jurídico planteado la Sala hará referencia en primer lugar a la doctrina constitucional sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales. En segundo lugar, reiterará la jurisprudencia trazada por la Corte Constitucional respecto de la protección constitucional de la mujer cabeza de familia y la extensión de los beneficios a los padres cabeza de familia y se referirá a los requisitos y condiciones para la sustitución de la detención preventiva por la del lugar de residencia cuando el imputado es padre cabeza de familia. Por último aplicará la doctrina y la jurisprudencia al caso concreto.

1. La procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia.

3.1. La acción de tutela contra providencias judiciales, tiene un claro fundamento normativo y jurisprudencial. Los artículos 2 y 86 de la Carta, reconocen su procedencia cuando los derechos fundamentales “resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.” Una amplia línea jurisprudencial desarrollada por la Corte constitucional,⁹ la concibe como una figura de carácter eminentemente subsidiario y excepcional. Sólo procede ante situaciones en las que no existe otro mecanismo judicial idóneo para salvaguardar un derecho fundamental vulnerado o amenazado, o cuando existiendo otro medio de defensa judicial, éste no resulta tan eficaz para la protección de los derechos de los asociados o la persona afectada se encuentra ante un perjuicio irremediable.

Esta línea jurisprudencial que inicialmente se conoció bajo el concepto de “vía de hecho”, ha pasado a denominarse “causales de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales,¹⁰ con el propósito de superar una percepción restringida que había permitido su asociación siempre con el capricho y la arbitrariedad judicial.¹¹

Entre las causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, se pueden citar en primer lugar, las de carácter general, orientadas a asegurar el principio de

subsidiariedad de la tutela, como son (i) el agotamiento de otros medios de defensa disponibles y (ii) la inmediatez. En segundo lugar, las de carácter específico, centradas en los defectos de las actuaciones judiciales en sí mismas consideradas, que son aquellas identificadas genéricamente como: (i) defecto sustantivo; (ii) defecto fáctico; (iii) defecto orgánico y (iv) defecto procedimental.

3.2. El primer requisito general de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, consistente en el agotamiento efectivo de los recursos y mecanismos ordinarios de defensa judicial,¹² responde al principio de subsidiariedad de la tutela, que pretende asegurar que la acción no sea considerada en sí misma una instancia más en el trámite jurisdiccional, ni un mecanismo de defensa que reemplace aquellos otros diseñados por el legislador.¹³ No es el camino para solucionar errores u omisiones de las partes o para corregir oportunidades vencidas¹⁴ en los procesos judiciales ordinarios.¹⁵ Se trata de lograr una diligencia mínima de los ciudadanos frente a sus propios asuntos procesales,¹⁶ salvo que por razones extraordinarias no imputables a quien alega la vulneración, la persona se haya visto privada de la posibilidad de utilizar los mecanismos ordinarios de defensa dentro del proceso judicial,¹⁷ circunstancia que deberá ser debidamente acreditada en la acción de tutela.

Así, puede proceder la acción de tutela contra una providencia judicial en dos eventos: (i) cuando ante la vulneración ostensible de derechos fundamentales mediante acciones u omisiones de los operadores jurídicos que desconozcan de manera grave o inminente tales derechos,¹⁸ no exista otro medio de defensa judicial idóneo para proteger los derechos fundamentales invocados y la actuación judicial acusada constituya una vía de hecho o, (ii) cuando se emplee como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable en materia de derechos fundamentales.¹⁹ Esta segunda hipótesis tiene lugar especialmente, cuando a la fecha de presentación de la tutela aún está pendiente alguna diligencia o instancia procesal, pero la protección constitucional provisional se requiere de manera urgente para evitar el perjuicio irremediable. En estos casos, naturalmente, la actuación constitucional resulta generalmente transitoria.

3.3. El segundo requisito general de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias, el de inmediatez, reclama la verificación de una correlación temporal entre la solicitud de tutela y el hecho judicial vulnerador de los derechos fundamentales, que puede explicarse de

la siguiente forma: es improcedente la acción de tutela contra actuaciones judiciales cuando el paso del tiempo es tan significativo, que es irrazonable y desproporcionado un control constitucional de la actividad judicial por la vía de la acción de tutela.²⁰ Desde esta perspectiva, es necesario interponer la acción de tutela contra providencias judiciales tan pronto se produce la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales, o en un plazo prudencial, porque de lo contrario la necesidad de la protección constitucional por vía de tutela queda en entredicho, ya que no se entiende por qué si la amenaza o violación del derecho era tan perentoria, no se acudió al mecanismo constitucional con anterioridad. Permitir un excesivo paso del tiempo ante la posibilidad de una reclamación constitucional contra una providencia judicial, puede afectar además la seguridad jurídica.

3.4. Por otra parte, frente a las causales específicas de procedibilidad excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales, se requiere que se consolide en la decisión judicial alguno de los defectos que la jurisprudencia constitucional ha considerado contrarios a la Carta. La lista que a continuación se presenta, si bien no es exhaustiva, si registra algunos de los principales casos en los que esta Corporación ha encontrado “una manifiesta desconexión entre la voluntad del ordenamiento y la del funcionario judicial”.²¹ Tales defectos, en consecuencia, pueden ser descritos genéricamente de la siguiente forma:

(i) Existe un defecto sustantivo en la decisión judicial, cuando la actuación controvertida se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable,²² ya sea porque²³ (a) la norma perdió vigencia por cualquiera de las razones de ley,²⁴ (b) es inconstitucional,²⁵ (c) o porque el contenido de la disposición no tiene conexidad material con los presupuestos del caso.²⁶ También puede darse en circunstancias en las que a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, se produce (d) un grave error en la interpretación de la norma constitucional pertinente,²⁷ el cual puede darse por desconocimiento de sentencias de la Corte Constitucional con efectos erga omnes, o cuando la decisión judicial se apoya en una interpretación claramente contraria a la Constitución.²⁸

Se considera igualmente defecto sustantivo el hecho de que la providencia judicial tenga problemas determinantes relacionados, (e) con una insuficiente sustentación o justificación de la actuación²⁹ que afecte derechos fundamentales; (f) cuando se desconoce el precedente judicial³⁰ sin ofrecer un mínimo razonable de argumentación, que hubiese

permitido una decisión diferente³¹ o (g) cuando el juez se abstiene de aplicar la excepción de inconstitucionalidad ante una violación manifiesta de la Constitución siempre que se solicite su declaración por alguna de las partes en el proceso.³²

(ii) Se produce un defecto fáctico en una providencia, cuando de la actividad probatoria ejercida por el juez se desprende, - en una dimensión negativa -, que se omitió³³ la “valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez.³⁴ En esta situación se incurre cuando se produce “la negación o valoración arbitraria, irracional y caprichosa de la prueba que se presenta cuando el juez simplemente ignora la prueba u omite su valoración, o cuando sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente”.³⁵ En una dimensión positiva, el defecto fáctico “abarca la valoración de pruebas igualmente esenciales que el juzgador no puede apreciar, sin desconocer la Constitución.”³⁶ Ello ocurre generalmente cuando el juez “aprecia pruebas que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas (artículo 29 C.P.).³⁷ En estos casos, sin embargo, sólo es factible fundar una acción de tutela por vía de hecho cuando se “observa que de una manera manifiesta, aparece arbitraria la valoración probatoria hecha por el juez en la correspondiente providencia. El error en el juicio valorativo de la prueba “debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto, según las reglas generales de competencia.³⁸”³⁹

(iii) El llamado defecto orgánico tiene lugar, cuando el funcionario judicial que profirió la providencia que se controvierte, carece totalmente de competencia para ello conforme a la ley; y,

(iv) El defecto procedimental ocurre, cuando el juez de instancia actúa completamente ajeno al procedimiento establecido,⁴⁰ es decir, se desvía ostensiblemente de su deber de cumplir con las “formas propias de cada juicio”,⁴¹ con la consiguiente perturbación o amenaza a los derechos fundamentales de las partes. En estas circunstancias, el error procesal debe ser manifiesto, debe extenderse a la decisión final, y no puede ser en modo alguno atribuible al afectado.⁴²

Fuera de las causales anteriores, la jurisprudencia constitucional ha reconocido otra adicional, denominada⁴³ vía de hecho por consecuencia, que puede ser descrita de la siguiente forma:

(v) La vía de hecho por consecuencia se da cuando el defecto en la providencia judicial es producto de la inducción al error de que es víctima el juez de la causa.⁴⁴ En este caso, si bien el defecto no es atribuible al funcionario judicial, la actuación final resulta equivocada.⁴⁵ En la sentencia T-705 de 2002,⁴⁶ la Corte precisó que la vía de hecho por consecuencia se configura especialmente, cuando la decisión judicial “(i) se bas[a] en la apreciación de hechos o situaciones jurídicas, en cuya determinación los órganos competentes hayan violado derechos constitucionales, y (ii) tenga como consecuencia un perjuicio iusfundamental.”

1. La protección constitucional de la mujer cabeza de familia. La sustitución de la detención preventiva por la del lugar de residencia cuando el imputado es padre cabeza de familia de menor de edad si se constata la incapacidad de la madre para proveer el cuidado y protección de los hijos menores de edad o con discapacidad.

4.1. El artículo 43 de la Carta Política estableció que “El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia”. En desarrollo del anterior artículo, fue promulgada la Ley 82 de 1993, “Por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia”, que en el inciso 2º del artículo 2º dispuso que “(...) es Mujer Cabeza de Familia, quien siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, efectiva, económica o socialmente, en forma permanente hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar”.

El Decreto 190 de 2003 que reglamentó parcialmente la Ley 790 de 2002, señala que la madre cabeza de familia sin alternativa económica es la “mujer con hijos menores de 18 años de edad, biológicos o adoptivos, o hijos inválidos que dependan económicamente y de manera exclusiva de ellas, y cuyo ingreso familiar corresponde únicamente al salario que devenga del organismo o entidad pública a la cual se encuentra vinculada.”

La Corte ha considerado jurisprudencialmente que el concepto de miembro cabeza de familia podría ser igualmente aplicado al padre que se encuentre en similares circunstancias a la mujer, con base en el interés superior consagrado en el artículo 44 de la Carta Política respecto de los derechos fundamentales de los niños⁴⁷. En sentencia SU-389 de 2005⁴⁸, esta Corporación unificó su jurisprudencia acerca de los requisitos y beneficios aplicables a los “padres cabeza de familia”. En dicha providencia, la Corte manifestó que será tenido como padre cabeza de familia, no solo el que provea los recursos económicos para asegurar unas condiciones mínimas de subsistencia de sus hijos, sino aquél que demuestre ante las autoridades competentes, que cumplía con algunas de las siguientes condiciones:

“(i) Que sus hijos propios, menores o mayores discapacitados, estén a su cuidado, que vivan con él, dependan económicamente de él y que realmente sea una persona que les brinda el cuidado y el amor que los niños requieran para un adecuado desarrollo y crecimiento; que sus obligaciones de apoyo, cuidado y manutención sean efectivamente asumidas y cumplidas, pues se descarta todo tipo de procesos judiciales y demandas que se sigan contra los trabajadores por inasistencia de tales compromisos.

(ii) Que no tenga alternativa económica, es decir, que se trate de una persona que tiene el cuidado y la manutención exclusiva de los niños y que en el evento de vivir con su esposa o compañera, ésta se encuentre incapacitada física, mentalmente o moralmente, sea de la tercera edad, o su presencia resulte totalmente indispensable en la atención de hijos menores enfermos, discapacitados o que médicamente requieran la presencia de la madre.

(iii) Lo anterior, sin perjuicio de la obligación que le asiste de acreditar los mismos requisitos formales que la Ley 82 de 1993 le impone a la madre cabeza de familia para demostrar tal condición. En efecto, de conformidad con el párrafo del artículo 2 de la Ley 82 de 1993: “esta condición (la de mujer cabeza de familia y en su caso, la del hombre cabeza de familia) y la cesación de la misma, desde el momento en que ocurra el respectivo evento, deberá ser declarada por la mujer cabeza de familia de bajos ingresos ante notario, expresando las circunstancias básicas de su caso y sin que por este concepto, se causen emolumentos notariales a su cargo”.⁴⁹

4.2. En materia penal, la Ley 750 de 2002,⁵⁰ estipuló que cuando la infractora sea mujer cabeza de familia, previo el lleno de los requisitos allí exigidos, la ejecución de la pena

privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de su residencia, institución consignada en el artículo 38 del Código Penal que regula la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión.⁵¹

En sentencia C-184 de 2003 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa),⁵² la Corte explicó que la medida concreta que eligió el legislador para desarrollar los mandatos constitucionales de defensa a la mujer cabeza de familia, a la niñez y a la familia, es permitir que las mujeres que se encuentran privadas de la libertad en un centro de reclusión penitenciaria cumplan la condena en su lugar de residencia. De esta manera podrán atender sus responsabilidades como cabezas de la familia y no dejar desprotegidos y entregados a su suerte a sus hijos o demás personas a su cargo, siempre y cuando: (i) sea lo mejor en el interés superior del menor y (ii) no represente un peligro o amenaza para los derechos de los demás y la tranquilidad de la sociedad.

En la mencionada Sentencia, la Corte reconoció el derecho de prisión domiciliaria en los términos en que está consagrado en la Ley 750 de 2002 a aquellos hombres que se encuentren en la misma situación, de hecho, que una mujer cabeza de familia que esté encargada del cuidado de niños, y cuya presencia en el seno familiar sea necesaria, puesto que efectivamente los menores dependen, no económicamente, sino en cuanto a su salud y su cuidado, de él. Así se garantiza la posibilidad de que se cumpla el deber que tienen los padres en las labores de crianza de sus hijos “alejándose del estereotipo según el cual, el cumplimiento de este deber sólo es tarea de mujeres y tan sólo a ellas se les pueden reconocer derechos o beneficios para que cumplan con dichas labores. Con esta decisión se asegura a la vez, que los titulares del derecho realmente se lo merezcan, en razón a que es lo mejor en el interés superior del niño, no una medida manipulada estratégicamente en provecho del padre condenado que prefiere cumplir la pena en su residencia. Compete a los jueces penales en cada caso velar porque así sea.”

En todo caso, explicó el fallo que serán los jueces los que en cada evento analicen, a partir de las pruebas las condiciones específicas del asunto así como su contexto, para adoptar la determinación de si se concede o no el derecho, en el interés superior del menor o del hijo impedido, no del padre. Por lo tanto, de las pruebas debe deducirse la existencia de una

necesidad manifiesta de proteger este interés superior. Así, deben impedir 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.

4.3. El concepto del interés superior del menor, plasmado así en el Art. 44 CN: “Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.”, constituye un principio orientador para la resolución de los conflictos que involucren a un niño.⁵³ Desde ésta perspectiva, el menor se hace acreedor de un trato preferente que obedece a su caracterización jurídica como sujeto de especial protección. En virtud de la condición de prevalencia de los derechos de los niños, cuando un derecho de un menor se enfrenta al de otra persona, si no es posible conciliarlos, aquel deberá prevalecer sobre éste. Ahora bien, como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, ningún derecho es absoluto en el marco de un Estado social de derecho, por lo que es posible que en ciertos casos el derecho de un menor tenga que ser limitado.⁵⁴

En la Sentencia C-997 de 2004, en relación con el interés superior del menor, la Corte Constitucional precisó que las autoridades administrativas y judiciales, encargadas de determinar el contenido del interés superior de los niños en casos particulares, cuentan con un margen de discrecionalidad importante para evaluar, en aplicación de las disposiciones jurídicas relevantes y en atención a las circunstancias fácticas de los menores implicados, cuál es la solución que mejor satisface dicho interés. Esto implica que dichas autoridades tienen altos deberes constitucionales y legales en relación con la preservación del bienestar integral de los menores que requieren su protección, deberes que obligan a los jueces y funcionarios administrativos en cuestión a aplicar un grado especial de diligencia, celo y cuidado al momento de adoptar sus decisiones.⁵⁵

4.4. De la misma forma, el artículo 314 del Código de Procedimiento Penal - Ley 906 de 2004⁵⁶ modificado por la Ley 1142 de 2007, prevé que la detención preventiva en establecimiento carcelario, como medida de aseguramiento, puede sustituirse por la del lugar de residencia en determinados eventos.⁵⁷

Corresponde al juez penal verificar que quien reclama tal beneficio cumpla con los siguientes requisitos: (i) que el delito que se le imputa no esté excluido expresamente; vale decir, que no se trate de genocidio, homicidio, delitos contra las cosas o personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, extorsión, secuestro, o desaparición forzada; (ii) que no registre antecedentes penales, salvo por delitos culposos o delitos políticos; (iii) Que sea una mujer o un hombre cabeza de familia; (iv) que el desempeño personal, laboral, familiar o social del procesado 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.⁵⁸

En todo caso, la importancia de reconocer el derecho a la detención domiciliaria no tiene por finalidad principal favorecer a uno u otro padre, sino la efectiva protección de quienes se encuentran en especial condición de vulnerabilidad y dependencia de sus padres.

1. Ausencia de desconocimiento del interés superior de la menor por la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá

5.1. De conformidad con las pruebas que obran en el expediente y según lo expuesto en la jurisprudencia citada en forma precedente, entra la Sala a determinar en el presente asunto, si la valoración probatoria realizada por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el auto que resolvió el recurso de apelación es manifiestamente arbitraria como lo alega el accionante o si el error en el juicio valorativo de la prueba se presenta ostensible y manifiesto y si como lo ha establecido la jurisprudencia de esta Corporación, la interpretación que se realizó tiene incidencia directa en la decisión.

Como lo ha dicho la Corte Constitucional, en la valoración del defecto fáctico, no corresponde al juez de tutela convertirse “en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto, según las reglas generales de competencia”⁵⁹, ni tampoco realizar una nueva valoración del acerbo probatorio para emitir otro juicio, sino examinar si en el caso concreto, el juez cuestionado actuó de manera arbitraria.

5.2. Para la revocatoria de la sustitución de la detención preventiva intramuros por detención

domiciliaria que había sido concedida al procesado Jeiner Guilombo Gutiérrez por el Juzgado de primera instancia, en la providencia cuestionada, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá efectuó las siguientes consideraciones que se limitaron a determinar si el procesado puede considerarse padre cabeza de familia de acuerdo con la condición mental que presenta su compañera permanente, conforme al dictamen médico legal allegado al proceso ante dicho Tribunal:

“Es evidente, por que así lo conceptúa el forense que LEIDY DIANA RAMIREZ SUAREZ, compañera permanente de JEINER GUILOMBO GUTIERREZ y madre de una menor de edad, común hija de estos, i) se halla afectada por un trastorno de personalidad límite, con actual descompensación sintomatológica, ii) que tiene preservado su rol de madre, que iii) el trastorno de personalidad que tiene esta no se considera en términos psiquiátricos forenses como una incapacidad permanente de orden mental para ejercer el rol de madre, y iv) en virtud de la sintomatología persistente de esta, a pesar del tratamiento psiquiátrico instaurado, se sugieren cambios y ajustes, con inclusión en un programa interdisciplinario en salud mental ambulatorio.”⁶⁰

Ahora bien, el forense, sintetiza, previo a la conclusión mencionada que:

“podemos decir que la examinada tiene un diagnóstico psiquiátrico denominado trastorno de personalidad límite que se caracteriza por una alteración en su auto imagen e identidad, un estado afectivo sensible al estrés del medio social, una impulsividad que le hacen proclive a autolesionarse a ella misma y en ocasiones a los demás y una tendencia a tener ideas paranoides transitorias de persecución como respuesta al gran estrés. Este trastorno de personalidad límite no se considera desde el punto de vista psiquiátrico una enfermedad mental sino como la forma de verse así misma y de relacionarse con el medio, que en algunos momentos de estrés puede tener un sufrimiento psicológico significativo o disfunción en algún área de funcionamiento. Dado que el diagnóstico de trastorno de personalidad límite no altera por sí mismo su prueba de realidad de manera permanente sino solo como respuesta al gran estrés, este diagnóstico no compromete su capacidad de asumir su rol de madre y no se considera en términos psiquiátrico forenses como una incapacidad permanente de orden mental”.⁶¹

Para efectos de la decisión a tomar, importa resaltar lo conceptuado por el forense en la

ampliación del dictamen dentro del proceso ante el Tribunal cuestionado, donde pone de manifiesto que, no solamente el trastorno de personalidad que padece LEIDY DIANA, no es una enfermedad mental sino que no le anula su función psicológica compleja y rol de madre. Así textualmente se afirma en los literales m) y p), de la ampliación del dictamen.

“m) Sí es posible que en la descompensación sintomatológica de la examinada la interacción con su hija se pueda ver interferida y esta es una de las razones para brindar el máximo de eficiencia del tratamiento para apoyar el retorno del equilibrio psicológico, pero esta interferencia no es equivalente a la ausencia del rol y de la función mental compleja materna. Como se planteó en el informe inicial, se resaltó que la examinada LEIDY DIANA logra pensar sus síntomas, logra hacer consciente las implicaciones de sus síntomas en la relación con su hija y alcanza a darle a estos pensamientos un sentido adverso, ella identifica que eso no es lo que ella quiere para su hija, esto traduce que en la adversidad de la crisis hay rol y función mental compleja de madre, lo que se requiere es apoyar al máximo esta función materna por un tratamiento integral que ofrezca mayores posibilidades de cambio que el tratamiento que venía instaurándose 62”.

p) El trastorno de personalidad es una entidad psiquiátrica, no considerada como un trastorno o enfermedad mental, de difícil diagnóstico como quedó ampliamente explicado en el informe inicial....”.63

Desde tal punto de vista y en el entendido de que el dictamen médico legal y su ampliación deben ser analizados en conjunto con la prueba allegada, resulta necesario, como lo reclama el ente investigador, hacer referencia a la situación de la menor al momento en que su progenitor fue privado de libertad. En este caso en particular, el trastorno de personalidad de su compañera permanente, se presenta desde los 15 años de edad, mejorando su sintomatología con la organización de su propio núcleo familiar, que incluso le permitió dirigir y atender su propio negocio, con autonomía en las tareas del sostenimiento familiar y económico, de donde deviene apropiada la afirmación de la fiscalía, sustentada en el propio dicho de Leidy Diana, de que era ella la que direccionaba su hogar, antes incluso de la privación de libertad de su compañero.

Así, de las declaraciones rendidas ante notario, y allegadas a esta causa, se pone de presente el trauma que como es lógico generó la privación de libertad de Guilombo

Gutiérrez, para su núcleo familiar, pero nada se dice en torno a que su menor hija quedara expuesta al abandono. En concreto manifiesta Laidy Diana Ramírez Suárez, que, “me devuelvan a mi compañero pues mi situación económica es agobiante, pero abogo por mi hija, pues ella necesita (sic) un tratamiento psicológico con su padre y su salud mental está en riesgo, espero sean escuchadas mis suplicas y velen por el bienestar de mi hija que tanto necesita de su padre”,⁶⁴ quien a la postre refiere un problema “psicológico” en su hija, no en ella. En el mismo sentido declaran Jhon Edwar Zuluaga Holguín⁶⁵ y Carmen Tulia Suárez de Zuluaga,⁶⁶ los que refieren la afectación que ha traído la privación de libertad de Guilombo Gutierrez, que se reitera es connatural a situaciones de tal naturaleza, pero no hacen referencia a un estado de abandono de la menor o el peligro que le represente la salud de su progenitora.

Incluso el diagnóstico legista, en su aclaración, al ordinal k) refiere:

“La presencia de sintomatología psiquiátrica no invalida el rol de madre, esta afirmación es resultado de un razonamiento lineal, simplificado y automático, de ser así todas las personas que han presentado síntomas psiquiátricos y todas las personas que presentan trastornos de personalidad no podrían criar a sus hijos por ausencia del rol de madre y este presupuesto o generalización es falsa⁶⁷”.

A renglón seguido, explica en su ordinal l):

“Se concluye de lo anterior que, si bien es cierto la progenitora de la menor hija del encausado padece de un trastorno de personalidad, el mismo no la inhabilita para ejercer su rol de madre -aún cuando es evidente que se deben introducir cambios en su tratamiento para maximizar los efectos terapéuticos- y por ende, la menor no se halla en condiciones de abandono y desprotección, que ameriten la concesión del beneficio otorgado.

“Que en este caso se ha resquebrajado la unidad familiar, es evidente, consecuencia lógica de situaciones como esta, sin embargo, no se ha demostrado la incapacidad de la madre, compañera permanente del encausado, para asumir el cuidado de la menor, tal como se establece del análisis en conjunto de la prueba aportada para tal fin, y concretamente del dictamen médico legal y su ampliación, mismo que reitera que, si bien, como lo resalta la defensa, aquella, presenta una descompensación o crisis sintomatológica de su trastorno de personalidad, “si se tiene en cuenta que, la examinada ha estado en descompensación

sintomática durante meses y su función psicológica compleja materna ha logrado metabolizar los elementos destructivos para no lesionar severamente a la niña, la conclusión es que la función - rol materno está presente”, siendo importante desde luego que, opte por “cambios en su tratamiento psiquiátrico que la ayuden a la integración emocional y a la mejoría de su sintomatología, no ubicando como única forma de recuperarse, el retorno de su esposo a casa que es una constante para ella, más que para su propia hija.

“No ha de predicarse entonces para estos efectos la condición de padre cabeza de hogar para JEINER GUILOMBO GUTIERREZ, sustento sobre el cual se edificó la detención domiciliaria concedida, toda vez que LEYDI DIANA RAMIREZ SUAREZ, madre de su menor hija no se halla incapacitada mentalmente”.68

En el texto de la providencia cuestionada, si bien se cita preferentemente el aparte conclusivo del dictamen que se refiere a las características del trastorno de personalidad límite que padece Leydi Diana Ramírez Suárez y los literales k), l), m) y p), de la ampliación realizada el 7 de octubre de 2009, sin mencionar con el mismo detalle todas aquellas características que describen la sintomatología actual de Leydi Diana, ello no evidencia un error manifiesto en la valoración de las pruebas o en la consideración de todos los elementos de juicio que le permitieron a la autoridad judicial concluir que no se daban las condiciones para otorgar al accionante la medida de detención domiciliaria solicitada. Aun si se otorgara un mayor peso a las pruebas en las que se relaciona el padecimiento de la compañera permanente del actor, tales condiciones fueron evaluadas por el forense y de las mismas concluyó que Leidy Diana estaba en condiciones de ejercer su rol de madre. En esa medida no encuentra la Sala que el Tribunal cuestionado hubiera incurrido en un error grave y manifiesto sobre el cumplimiento por parte del actor de las circunstancias de un padre cabeza de familia privado de la libertad que debe asumir completamente la protección y cuidado de su núcleo familiar ante la imposibilidad absoluta de su compañera para hacerlo.

5.4. Resalta el Tribunal que de conformidad con el informe de los peritos, luego de valorar tanto la sintomatología general de este tipo de trastornos, como las especiales circunstancias de estrés que enfrenta Leydi Diana Ramírez por la privación de la libertad de su compañero y su posible afectación del rol de madre o de su impacto en términos de seguridad para la menor, concluye que el trastorno de personalidad límite que padece la madre, no es una enfermedad mental que afecte desde el punto de vista forense su condición de madre, o que

ponga en peligro a la menor, ya que éste ha estado presente en ella siempre, es consciente de las implicaciones de su padecimiento, identifica los momentos de crisis y le ha dado un manejo adecuado al mismo.

5.5. De lo anterior se concluye que la actuación del Tribunal al resolver el recurso de apelación con fundamento principalmente en que el trastorno de personalidad límite que padece la progenitora no es una enfermedad mental que afecte su rol de madre, fue proporcionada y razonable, libre de errores manifiestos en la valoración probatoria. De acuerdo con las conclusiones de los peritos, el padecimiento que aqueja a la señora Ramírez, no amerita sustraerla del cuidado de su hija en forma definitiva, ni hace necesario el acompañamiento y supervisión exclusivos de su compañero, aunque sí la obliga a someterse a tratamiento médico, que si se atiende conforme a la prescripción médica, le permitirá continuar con una vida familiar y parental normal, que no representa peligro para el cuidado de la menor, aun en las presentes circunstancias de mayor estrés. No obstante, dado que de lo que se trata aquí es del cuidado de un menor de edad, es aconsejable que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar adopte temporalmente un proceso de seguimiento periódico a la señora Leydi Diana Ramírez con el fin de verificar que continúa ejerciendo adecuadamente su rol parental.

De lo anterior se concluye que el Tribunal cuestionado no incurrió en una violación del debido proceso al negarle la medida de detención domiciliaria al accionante. Tal como lo evidenció el tribunal, el señor Jeiner Guilombo Gutiérrez no reúne los requisitos de ley para ser considerado padre cabeza de familia, pues a pesar del padecimiento psiquiátrico que sufre la madre de la menor, Leydi Diana se encuentra en capacidad de continuar con el cuidado y protección de la menor y de sí misma.

Así, la Sala Primera de Revisión confirmará la sentencia proferida el 18 de marzo de 2010 por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema que confirmó la sentencia proferida el 19 de enero de 2010 por la Sala de Casación Penal - Sala de Decisión de Tutelas de la Corte Suprema de Justicia, que negaron la acción de tutela interpuesta por Jeiner Guilombo Gutiérrez a través de apoderado judicial contra la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial.

No obstante lo anterior, y aun cuando según el informe presentado por el equipo

multidisciplinario del Centro Zonal del ICBF el 28 de julio de 2010, actualmente la progenitora se encuentra tomando sus medicamentos y cumple adecuadamente con el rol de madre, es necesario tomar algunas medidas preventivas con el fin de hacer prevalecer el interés superior de la menor Mariana Guilombo Ramírez. Por lo anterior, la Sala Primera de Revisión instará al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a implementar un proceso de seguimiento periódico a la señora Leydi Diana Ramírez con el fin de verificar que continúa ejerciendo adecuadamente su rol parental, mientras permanezca privado de la libertad el señor Jeiner Guilombo Gutiérrez.

De conformidad con el informe psicológico practicado con posterioridad por el equipo multidisciplinario del Centro Zonal del ICBF el 28 de julio de 2010 para atender el requerimiento de la Corte Constitucional, obrante a folio 26 del cuaderno No.2 del expediente, y ha desarrollado los mecanismos de ajuste necesarios para lograr el equilibrio y protección para su hija, el hijo por nacer y ella misma.

I. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de marzo de 2010 por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema que confirmó la sentencia proferida el 19 de enero de 2010 por la Sala de Casación Penal - Sala de Decisión de Tutelas de la Corte Suprema de Justicia que negó la acción de tutela interpuesta por Jeiner Guilombo Gutiérrez a través de apoderado judicial contra la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial, por considerar que no se había incurrido en una vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y la prevalencia del interés superior de los niños alegados por el actor.

Segundo.- INSTAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a establecer un proceso de seguimiento periódico a la señora Leydi Diana Ramírez con el fin de verificar que continúa ejerciendo adecuadamente su rol parental, mientras permanezca privado de la libertad el

señor Jeiner Guilombo Gutiérrez.

Tercero.- LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los fines allí establecidos.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Folio 06 del cuaderno principal. En adelante, los folios que se refieran harán parte del cuaderno principal, a menos que se diga expresamente lo contrario.

2 Según lo afirma el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Descongestión en el escrito de respuesta a la acción de tutela. Folio 178.

3 Folio 191.

4 Folio 211.

5 Cfr. Folios 55 y 56, Cuaderno Principal. Mediante escrito del 1 de septiembre de 2010, el Presidente de la Asociación Colombiana de Psiquiatría, se negó a resolver la solicitud, por no contar “con personas contratadas que puedan atender la solicitud de la referencia” y por considerar que “las personas que se encuentran obligadas a rendir dictámenes psiquiátrico

forenses en esta ciudad capital son en primera instancia los psiquiatras peritos de planta de la nómina del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y en segundo lugar, los psiquiatras que sean funcionarios públicos,” a lo cual agregó “cabe notar que ya el Estado Colombiano cuenta con alrededor de unos 50 peritos psiquiatras pertenecientes a la nómina de planta del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, los cuales están en la capacidad de resolver todo tipo de cuestionarios enviados por las autoridades (sic) incluidas las objeciones y ampliaciones solicitadas, así como también existe una nómina numerosa de psiquiatras que trabajan con las Fuerzas Militares y otros que laboran en la Secretaría de Salud de Bogotá, todos ellos funcionarios públicos que bien pueden disponer del tiempo necesario para la práctica de una experticia psiquiátrica que requiere de bastante dedicación y diligencia como la solicitada con un cuestionario tan extenso, teniendo en cuenta que la gran responsabilidad que se asume pone en riesgo muchas veces no solo la integridad personal del perito sino también que el dictamen expedido es definitivo para la vida de las personas comprometidas en el proceso que se atiende.”

6 Folio 13 del cuaderno de la Corte.

7 Folio 24 del cuaderno de la Corte

8 Folio 65.

9 Consultar al respecto, entre otras, las sentencias C-543 de 1992 (MP. José Gregorio Hernández Galindo, SV. Ciro Angarita Barón, Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero); T-079 de 1993 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz); T-231 de 1994 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz); T-329 de 1996 (MP. José Gregorio Hernández Galindo); T-483 de 1997 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa); T-008 de 1998 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz); T-458 de 1998 (MP. José Gregorio Hernández Galindo); T-567 de 1998 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz); SU-047 de 1999 (MP. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero, SV. Eduardo Cifuentes Muñoz y Hernando Herrera Vergara); SU-622 de 2001 (MP. Jaime Araújo Rentería); SU-159 de 2002 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa, SV. Jaime Araujo Rentería, Rodrigo Escobar Gil y Alfredo Beltrán Sierra); T-441 de 2003 (MP. Eduardo Montealegre Lynett); T-029 de 2004 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa); T-1157 de 2004 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra); C-590 de 2005 (MP. Jaime Córdoba Triviño); T-778 de 2005 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa); T-237 de 2006 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa); T-448 de 2006 (MP. Jaime Araújo Rentería); T-510

de 2006 (MP. Álvaro Tafur Galvis); T-953 de 2006 (MP. Jaime Córdoba Triviño); T-104 de 2007 (MP. Álvaro Tafur Galvis); T-387 de 2007 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa); T-446 de 2007 (MP. Clara Inés Vargas Hernández); T-825 de 2007 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa); T-1066 de 2007 (MP. Rodrigo Escobar Gil); T-243 de 2008 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa); T-266 de 2008 (MP. Rodrigo Escobar Gil); y T-423 de 2008 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa).

10 Ver las sentencias T-774 de 2004 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa); T-200 de 2004 (MP. Clara Inés Vargas); y T-949 de 2003 (MP. Eduardo Montealegre Lynett), entre otras.

11 Da cuenta de esta evolución la Sentencia C-590 de 2005 (MP. Jaime Córdoba Triviño).

12 Ver las sentencias T-441 de 2003 (MP. Eduardo Montealegre Lynett), T-742 de 2002 (MP. Clara Inés Vargas) y T-606 de 2004 (MP. Rodrigo Uprimny Yepes), entre otras.

13 Sentencia SU-622 de 2001 (MP. Jaime Araujo Rentería).

14 Sentencias C-543 de 1992 (MP. José Gregorio Hernández, SV. Ciro Angarita Barón, Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero); T-567 de 1998 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz); T-511 de 2001 (MP. Eduardo Montealegre Lynett); SU-622 de 2001 (MP. Jaime Araujo Rentería) y T-108 de 2003 (MP. Álvaro Tafur Galvis), entre otras.

15 Sentencia T-200 de 2004 (MP. Clara Inés Vargas Hernández).

16 Sentencia T-116 de 2003 (MP. Clara Inés Vargas Hernández).

17 Sentencias T-440 de 2003 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), T-329 de 1996 (MP. José Gregorio Hernández Galindo) y T-567 de 1998 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz).

18 Sentencia T-1009 de 2000 (MP. Carlos Gaviria Díaz).

19 Sentencias SU-1159 de 2003 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa, SV. Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra, Clara Inés Vargas Hernández y Álvaro Tafur Galvis) y T-578 de 2006 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa).

20 Sentencia T-578 de 2006 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa).

- 21 Sentencia T-231 de 1994 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz).
- 22 Sentencia T-774 de 2004 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa).
- 23 Sentencia SU-120 de 2003 (MP. Álvaro Tafur Galvis).
- 24 Vgr. ha sido derogada o declarada inexecutable.
- 25 Sentencia T-292 de 2006 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa).
- 26 Sentencia SU-1185 de 2001 (MP. Rodrigo Escobar Gil, SV. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas Hernández).
- 27 Ver las sentencias T-1031 de 2001 (MP. Eduardo Montealegre Lynett); T-1285 de 2005 (MP. Clara Inés Vargas Hernández) y T-567 de 1998 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz).
- 29 Sentencias T-114 de 2002 (MP. Eduardo Montealegre Lynett) y T-1285 de 2005 (MP. Clara Inés Vargas Hernández).
- 30 Sentencias T-292 de 2006 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa); SU-640 de 1998 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz) y T-462 de 2003 (MP. Eduardo Montealegre Lynett).
- 31 Sentencias T-1285 de 2005 (MP. Clara Inés Vargas Hernández), T-193 de 1995 (MP. Carlos Gaviria Díaz) y T-949 de 2003 (MP. Eduardo Montealegre Lynett).
- 32 Sobre el tema pueden consultarse además, las sentencias SU-1184 de 2001 (MP. Eduardo Montealegre Lynett), T-1625 de 2000 (Martha Victoria Sáchica Méndez), T-522 de 2001 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa) y T-047 de 2005 (MP. Clara Inés Vargas Hernández).
- 33 Sentencia SU-159 de 2002 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa, SV. Jaime Araujo Rentería, Rodrigo Escobar Gil y Alfredo Beltrán Sierra).
- 34 Cfr., por ejemplo, la ya citada sentencia T-442 de 1994 (MP. Antonio Barrera Carbonell).
- 35 Sentencia SU-159 de 2002 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa, SV. Jaime Araujo Rentería, Rodrigo Escobar Gil y Alfredo Beltrán Sierra).
- 36 *Ibidem*.

37 Ver la sentencia SU-159 de 2002 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa, SV. Jaime Araujo Rentería, Rodrigo Escobar Gil y Alfredo Beltrán Sierra).

38 Cfr., sentencia T-442 de 1994 (MP. Antonio Barrera Carbonell).

39 Sentencia SU-159 de 2002 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa, SV. Jaime Araujo Rentería, Rodrigo Escobar Gil y Alfredo Beltrán Sierra).

40 Sentencia T-774 de 2004 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa).

41 Sentencia SU-1185 de 2001 (MP. Rodrigo Escobar Gil, SV. Manuel José Cepeda espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas Hernández).

42 Ver la sentencia SU-159 de 2002 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa, SV. Jaime Araujo Rentería, Rodrigo Escobar Gil y Alfredo Beltrán Sierra).

43 Sentencias T-462 de 2003 y T-441 de 2003 (MP. Eduardo Montealegre Lynett) y T-047 de 2005 (MP. Clara Inés Vargas Hernández), entre otras.

44 Ver, entre otras, las Sentencias SU-014 de 2001 (MP. Martha Sáchica Méndez); T-407 de 2001 (MP. Rodrigo Escobar Gil); T-1180 de 2001 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra).

45 Sentencia T-1285 de 2005 (MP. Clara Inés Vargas Hernández).

46 MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

47 Para los efectos del presente proceso resulta relevante recordar que la jurisprudencia de la Corte ha precisado que la protección constitucional estatuida en el artículo 44 C.P. en favor de los “niños” ha de entenderse referida a todo menor de dieciocho años. Así lo explicó esta Corporación en la Sentencia C-092 de 2002 (MP. Jaime Araujo Rentería), en la que examinó el alcance de las expresiones niño, adolescente y menor, a que alude la Constitución en diferentes artículos, así como a las referencias que a ellos se hacen en los instrumentos internacionales y en la legislación nacional y concluyó que en Colombia, los adolescentes gozan de los mismos privilegios y derechos fundamentales que los niños y que en este sentido todo menor de 18 años tiene derecho a la protección superior establecida en la Carta. La Corte ha reiterado esta doctrina entre otras en las Sentencias C-247 de 2004 (MP.

Álvaro Tafur Galvis), T-015 de 2004 y T-853 de 2004.

48 Magistrado Ponente Jaime Araújo Rentería.

49 Sentencia SU-389 de 2005 (MP. Jaime Araújo Rentería, AV. Jaime Araujo Rentería).

50 El artículo 1° de la Ley 750 de 2002, consagra que: “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. // Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones: // Cuando sea el caso, solicitar al funcionario judicial autorización para cambiar de residencia. // Observar buena conducta en general y en particular respecto de las personas a cargo. // Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerida para ello. // Permitir la entrada a la residencia, a los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión y cumplir las demás condiciones de seguridad impuestas en la sentencia, por el funcionario judicial encargado de la vigilancia de la pena y cumplir la reglamentación del Inpec. // El seguimiento y control sobre esta medida sustitutiva será ejercido por el juez, autoridad competente o tribunal que conozca del asunto o vigile la ejecución de la sentencia con apoyo en el Inpec, organismo que adoptará entre otros un sistema de visitas periódicas a la residencia de la penada para verificar el cumplimiento de la pena, de lo cual informará al despacho judicial respectivo”.

51 El artículo 38 del Código Penal estipula lo siguiente: “La prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión. La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del sentenciado, o en su defecto en el que el Juez determine, excepto en los casos en que el sentenciado pertenezca al grupo familiar de la víctima,

siempre que concurren los siguientes presupuestos: || 1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos. || 2. Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al Juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena. || 3. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones: 1) Cuando sea del caso, solicitar al funcionario judicial autorización para cambiar de residencia. 2) Observar buena conducta. 3) Reparar los daños ocasionados con el delito, salvo cuando se demuestre que está en incapacidad material de hacerlo. 4) Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello. 5) Permitir la entrada a la residencia a los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión y cumplir las demás condiciones de seguridad impuestas en la sentencia, por el funcionario judicial encargado de la vigilancia de la pena y la reglamentación del INPEC. || El control sobre esta medida sustitutiva será ejercido por el Juez o Tribunal que conozca del asunto o vigile la ejecución de la sentencia, con apoyo en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, organismo que adoptará, entre otros, un sistema de visitas periódicas a la residencia del penado para verificar el cumplimiento de la pena, de lo cual informará al despacho judicial respectivo. || Cuando se incumplan las obligaciones contraídas, se evada o incumpla la reclusión, o fundadamente aparezca que continúa desarrollando actividades delictivas, se hará efectiva la pena de prisión. || Transcurrido el término privativo de la libertad contemplado en la sentencia, se declarará extinguida la sanción.”

52 En dicha sentencia, la Corte declaró exequibles los apartes demandados del artículo 1º de la Ley 750 de 2002, en el entendido que cuando se cumplan los requisitos establecidos en la ley, el derecho podrá ser concedido por el juez a los hombres que se encuentren en la misma situación que una mujer cabeza de familia, para proteger “el interés superior del hijo menor o del hijo impedido”.

53 Sentencia T-900 de 2006 (MP. Jaime Córdoba Triviño).

54 Sentencias C-157 de 2002 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa, AEV. Manuel José Cepeda Espinosa, Eduardo Montealegre Lynett y Jaime Córdoba Triviño) y C-1003 de 2007 (MP. Clara Inés Vargas Hernández).

55 Sentencias T-397 de 2004 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa) y T-293 de 2009 (MP. Clara Elena Reales Gutiérrez).

56 En sentencia C-154 de 2007 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra, AV. Jaime Araujo Rentería), la Corte declaró inexecutable las expresiones “de doce (12) años” y “mental” contenidas en el numeral 5° del artículo 314 de la Ley 906 de 2004, “no porque llanamente establezca una diferencia de trato entre los menores de 12 años y los mayores de esa edad, pues dicha diferencia de trato no es prohibida por los textos constitucionales y, en cambio, algunas normas legales avaladas por la Corte lo permiten, sino porque esa diferencia de trato en el caso de la norma sub judice reduce injustificada y desproporcionadamente el esquema de protección prevalente del menor de 18 años. No obstante, el juez deberá verificar en cada caso concreto que efectivamente se cumplan las condiciones de desprotección del menor para conceder el beneficio de la detención preventiva domiciliaria, es decir, debe tener en cuenta, siempre que analice su procedencia, el interés superior del menor.”

57 Señala el artículo 314 del Código de Procedimiento Penal. Ley 906 de 2004, modificado por la Ley 1142 de 2007, a propósito de los casos en que una medida de detención preventiva con medida de aseguramiento, puede sustituirse por la del lugar de la residencia: “1. Cuando para el cumplimiento de los fines previstos para la medida de aseguramiento sea suficiente la reclusión en el lugar de residencia, aspecto que será fundamentado por quien solicite la sustitución y decidido por el juez en la respectiva audiencia de imposición, en atención a la vida personal, laboral, familiar o social del imputado. || 2. Cuando el imputado o acusado fuere mayor de sesenta y cinco (65) años, siempre que su personalidad, la naturaleza y modalidad del delito hagan aconsejable su reclusión en el lugar de residencia. || 3. Cuando a la imputada o acusada le falten dos (2) meses o menos para el parto. Igual derecho tendrá durante los seis (6) meses siguientes a la fecha de nacimiento. || 4. Cuando el imputado o acusado estuviere en estado grave por enfermedad, previo dictamen de médicos oficiales. || El juez determinará si el imputado o acusado deberá permanecer en su lugar de residencia, en clínica u hospital. || 5. Cuando la imputada o acusada fuere madre cabeza de familia de hijo menor o que sufriere incapacidad permanente, siempre y cuando haya estado bajo su cuidado. En ausencia de ella, el padre que haga sus veces tendrá el mismo beneficio. || La detención en el lugar de residencia comporta los permisos necesarios para los controles médicos de rigor, la ocurrencia del parto, y para trabajar en la hipótesis del numeral 5º. || En todos los eventos el beneficiario suscribirá un acta en la cual se compromete a permanecer

en el lugar o lugares indicados, a no cambiar de residencia sin previa autorización, a concurrir ante las autoridades cuando fuere requerido, y adicionalmente, podrá imponer la obligación de someterse a los mecanismos de control y vigilancia electrónica o de una persona o institución determinada, según lo disponga el juez. || El control del cumplimiento de la detención en el lugar de residencia estará a cargo del Inpec, el cual realizará un control periódico sobre el cumplimiento de la detención domiciliaria y reportará a la Fiscalía sobre sus resultados para que si se advierten violaciones a las condiciones impuestas por el juez se puedan adoptar las correspondientes acciones.”

58 Ver sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, julio 16 de 2003, Rad. 17089. MP. Edgar Lombana Trujillo.

59 Sentencia T-442 de 1994 (MP. Antonio Barrera Carbonell).

60 Conclusión del dictamen médico legal obrante a folios 20 a 28 del cuaderno Original No. 28 de juzgamiento.

61 Ibídem.

62 Folio 67 cuaderno original 28 juzgamiento.

63 Ídem.

64 Folio 57, cuaderno No. 16 de Juzgamiento.

65 Folio 56 ídem: “Por el conocimiento que de esta tengo me constan que es la madre de MARIANA GUILOMBO RAMIREZ de 3 años de edad, LEIDY DIANA RAMIREZ SUAREZ vive sola con su hija, no tiene ningún familiar cercano en Bogotá y le toca sola, vivía muy bien con su esposo JEINER GUILOMBO 2quien es un excelente hombre y se veían muy unidos, siempre estaban juntos, aun bajo las circunstancias el esta con ella y la menor MARIANA es demasiado apegada a su papá”.

66 Folio 58 ídem: “Declaro que el señor JEINE es una buena persona, convive con la sobrina mía de nombre LEIDY DIANA RAMIREZ y de esa unión procrearon una hija de nombre Mariana, manifiesto que mi sobrina y su hija se encuentran afectados por lo que sucede con su compañero sobre todo su hija y declaro que ella y su hija no tienen apoyo económico de

nadie, ella reside en Bogotas o sea muy alejada de la familia no tiene ingresos de ninguna clase ya que no labora y su madre falleció hace tres años y se encuentra sola”.

67 Folio 17 de Cuaderno original 28 de juzgamiento.

68 Ordinal t, ampliación dictamen folio 18 cuaderno citado. 20 Numeral 111, ídem.