



## **APROBADO ACTA 028**

(Sesión del 1° de marzo de 2023)

### **SALA DE DECISIÓN PENAL**

**Radicado:** 05-001-60-00206-2022-07061  
**Sentenciado:** Gustavo Adolfo Gil Zapata  
**Delito:** Hurto Calificado y Agravado  
**Asunto:** Defensa recurre sentencia respecto el quantum de la sanción y por negación de la prisión domiciliaria por enfermedad grave  
**Decisión:** Confirma  
**M. Ponente:** José Ignacio Sánchez Calle

**Medellín, 3 de marzo de 2023**

(Fecha de lectura)

#### **1. OBJETO DE DECISIÓN**

Resuelve la Sala el recurso de apelación que instauró la Defensa del ciudadano Gustavo Adolfo Gil Zapata, contra la sentencia proferida el 19 de septiembre de 2022 por el Juzgado Primero Penal Municipal con funciones de conocimiento de Envigado-Antioquia, que lo condenó a la pena de treinta y cinco meses de prisión tras hallarlo autor penalmente responsable del delito de Hurto Calificado y Agravado, sin derecho a beneficios o subrogados penales.

#### **2. HECHOS**

El 20 de marzo de 2022, a eso de las 18:00 horas aproximadamente, Gustavo Adolfo Gil Zapata junto con otro sujeto que no fue identificado, penetraron de manera clandestina a la residencia ubicada en la Carrera 37 # 38 A sur-30,

Radicado: 05-001-60-00206-2022-07061  
Sentenciado: Gustavo Adolfo Gil Zapata  
Delito: Hurto Calificado y Agravado

apartamento 301 del Barrio Alcalá del municipio de Envigado-Antioquia y, al ser sorprendidos por sus moradores Paúl Andrés Sánchez Soto y Manuela Londoño Zapata, los intimidan con un destornillador y una navaja para lograr el propósito de apoderarse de sus bienes, pero ante la reacción de Paúl Andrés se presentó un forcejeo entre él y los asaltantes, en el cual resultaron lesionadas las víctimas, quienes dieron voces de auxilio, lo que hizo que los victimarios huyeran del lugar, siendo aprehendido el señor Gil Zapata, quien llevaba consigo dos relojes marca Xiaomi y ADIDAS, una cadena dorada de fantasía, una loción marca Creed y \$152.000 en efectivo, elementos que fueron recuperados; sin embargo, no se lograron recuperar un iPhone 13 Pro Max, dos anillos de matrimonio, una cadena de oro, \$2.000.000 en efectivo, así como pulseras y anillos, elementos que fueron valuados por las víctimas en \$22.000.000

### **3. ACTUACIÓN PROCESAL**

El 21 de marzo de 2022, ante el Juez 16 Penal Municipal con función de control de Garantías de Medellín se legalizó la captura en situación de flagrancia del ciudadano Gustavo Adolfo Gil Zapata. Acto seguido la Fiscalía General de la Nación realizó el traslado del escrito de acusación en los términos del artículo 536 y siguientes del Código de Procedimiento Penal en donde acusó al procesado como coautor del delito de Hurto Calificado y Agravado, consagrado en los artículos 239, 240 numeral 3° -por haberse cometido mediante penetración y permanencia engañosa o clandestina en lugar habitado- e inciso 2° -por haberse cometido con violencia sobre las personas-, y 241 # 10 - si la conducta se cometiere por dos o más personas que se hubieren reunido o acordado para cometer el hurto- del Código Penal. El acusado no se allanó a los cargos y el Juez le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento de reclusión.

El 23 de marzo de 2022, se presentó formalmente el escrito de acusación que correspondió por reparto al Juzgado Primero Penal Municipal con funciones de conocimiento de Envigado-Antioquia, Despacho que si bien programó fecha para la realización de la audiencia concentrada, fue aplazada varias

Radicado: 05-001-60-00206-2022-07061  
Sentenciado: Gustavo Adolfo Gil Zapata  
Delito: Hurto Calificado y Agravado

veces a efectos de llegar un preacuerdo, mismo que se presentó y fue improbadado el 8 de agosto de 2022, procediendo entonces a reprogramar la audiencia concentrada para el 31 de ese mismo mes y año, fecha en la cual Fiscalía y acusado presentaron un nuevo preacuerdo que fue puesto en consideración del Juez advirtiéndolo de entrada que las víctimas fueron reparadas en su integridad, lo cual implica en favor del procesado acceder a rebaja de entre el 50% y el 75% de la pena, conforme lo señalado por el artículo 269 del Código Penal.

Consiste el preacuerdo en que Gustavo Adolfo Gil Zapata acepta los cargos por los que fue acusado por la Fiscalía como autor del delito Hurto Calificado y Agravado, a cambio de que por su aceptación de culpabilidad se le dé el tratamiento del cómplice a efectos de tasar la pena a imponer, teniendo en cuenta además la rebaja por indemnización integral como un derecho establecido en el artículo 269 del Código Penal, que establece una disminución de la pena de la mitad a las tres cuartas partes cuando se haya reparado el daño, pues en este caso el procesado pagó a las víctimas el monto de los perjuicios causados con el hecho, los cuales fueron estimados por estos en \$10.000.000, mismos que se resarcieron con el pago de \$5.000.000 en efectivo y los \$5.000.000 restantes fueron garantizados y pagados a través de la entrega de una máquina industrial exprimidora de naranja, la cual fue recibida a satisfacción por parte de las víctimas.

En esos términos se consignó el preacuerdo, respecto de la pena a imponer se dejó a consideración del Juez para que, dentro del marco legal, procediera a su dosificación. Se le advirtió así mismo al procesado que no podría otorgársele la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni la prisión domiciliaria como sustitutiva de la intramural, por expresa prohibición del artículo 68A del Código Penal.

En virtud a lo anterior, el Juez Primero Penal Municipal con funciones de conocimiento de Envigado-Antioquia le impartió aprobación al preacuerdo, anunciando el correspondiente sentido del fallo de carácter condenatorio.

Radicado: 05-001-60-00206-2022-07061  
Sentenciado: Gustavo Adolfo Gil Zapata  
Delito: Hurto Calificado y Agravado

Acto seguido se le dio trámite a la audiencia de individualización de pena y sentencia consagrada en el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, misma en la que el delegado de la Fiscalía manifestó que Gil Zapata cuenta con un gran historial delictivo teniendo que su última condena fue en el año 2013. Advirtió así mismo que el delito de Hurto Calificado y Agravado comporta prohibición legal para la concesión de subrogados, y establece una pena entre 12 a 18 años de prisión.

Por su parte, la Defensa del procesado resaltó que su asistido aceptó la responsabilidad por la conducta punible cometida como muestra de su arrepentimiento, teniendo claro que no la volverá a repetir. Entiende el defensor que por prohibición expresa Gil Zapata no tiene derecho al subrogado penal ni a la prisión domiciliaria, sin embargo, advierte que su asistido tiene problemas cardíacos por los que estuvo internado en la Clínica CardioVid en el año 2021, que en días previos a la audiencia debió ser sacado de su lugar de reclusión por alteraciones de salud pues debe estar lejos del humo de cigarrillo y en ese lugar los otros reclusos fuman; tiene una situación de salud grave ya que debe ser sacado a urgencias de forma permanente. Por ende, solicita que por enfermedad dados sus serios problemas cardíacos, se le conceda prisión domiciliaria, pues cuenta con arraigo y su esposa está dispuesta a atenderlo.

### **3.1 Sentencia impugnada.**

En virtud del preacuerdo, y tras la verificación de que existían suficientes elementos materiales probatorios que desvirtuaban la presunción de inocencia, que el pacto se adecuaba a la legalidad y que Gustavo Adolfo Gil Zapata había aceptado los cargos de manera libre, consciente, voluntaria y debidamente asesorado por su abogado defensor, el sentenciador **le impuso una pena de prisión de 35 meses.**

Para el efecto argumentó que el delito de Hurto Calificado y Agravado establece una pena que va de 12 a 28 años -144 a 336 meses-, que como en virtud del preacuerdo se acordó que se le daría el tratamiento atenuante del cómplice entonces la pena a imponer quedaba en 6 a 23.33 años de prisión

Radicado: 05-001-60-00206-2022-07061  
Sentenciado: Gustavo Adolfo Gil Zapata  
Delito: Hurto Calificado y Agravado

-72 a 280 meses-, explicando entonces que el ámbito de movilidad punitiva sería de 52 meses de prisión, de ahí que los cuartos iban de 72 a 124 meses el primero, 124 meses y un día a 176 meses el segundo, 176 y un día a 228 meses el tercero, y el último de 228 meses y un día a 280 meses.

Entonces, como a Gil Zapata no se le atribuyeron circunstancias de mayor punibilidad por parte de la Fiscalía, el Despacho se ubicó en el cuarto mínimo para fijar la pena y, ponderando aspectos tales como la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agravan la punibilidad, la intensidad del dolo, la necesidad de la pena y la función que ha de cumplir en el caso concreto, resaltó el *a quo* que se imponía tener en cuenta que los bienes jurídicamente protegidos del patrimonio económico de las víctimas sí estuvieron en peligro real; las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que sucedieron los hechos permiten extraer datos indicadores de mayor intensidad del dolo pues, fueron dos sujetos y uno se fugó, entraron sin ningún escrúpulo a un domicilio de forma arbitraria, donde las personas se encontraban en la intimidad y tranquilidad del hogar y, de forma abusiva los asaltantes amenazaron, violentaron y retuvieron en contra de su voluntad a estas personas para despojarlas, en su propio hogar, de sus pertenencias personales, sin el menor reproche, existiendo en el caso particular dos víctimas del injusto, Manuela Londoño Zapata y Paul Andrés Sánchez Soto. Conforme a lo expuesto, la primera instancia estimó que la pena, acorde a la conducta realizada por el procesado, debe tasarse en **100 meses de prisión**.

Ahora, respecto de la reparación, según expuso el delegado de la Fiscalía, las víctimas manifestaron que habían tenido detrimento patrimonial y tasaron los perjuicios en \$10.000.000, que fueron pagados por el acusado con lo cual quedaron resarcidos íntegramente los daños y perjuicios sufridos con el injusto, es decir, el detrimento patrimonial sufrido y los perjuicios ocasionados. Las víctimas confirmaron haber recibido el pago de la reparación y que no estaban interesados en comparecer a la audiencia. Por ello, conforme al artículo 269 del Código Penal, el *a quo* **le concedió una rebaja del 65%**, en los términos de la Sentencia 2295 de 2020 de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, teniendo en cuenta la etapa procesal

Radicado: 05-001-60-00206-2022-07061  
Sentenciado: Gustavo Adolfo Gil Zapata  
Delito: Hurto Calificado y Agravado

y el tiempo transcurrido, por lo que en definitiva la pena se estableció en 35 meses de prisión. En los términos del inciso 3° del artículo 52 del Código Penal, se impuso al justiciable la sanción accesoria de la inhabilitación para ejercer derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad. Sin derecho a subrogados penales ni a la prisión domiciliaria por prohibición expresa del artículo 68ª del Código Penal.

Frente a la solicitud de sustitución de la pena de prisión intramural por domiciliaria por enfermedad grave, incoada por la Defensa en favor de Gustavo Adolfo Gil Zapata, indicó el *a quo* que para sustentar su solicitud el defensor anexó historia clínica del Hospital Manuel Uribe Ángel de Envigado, del 12 de julio de 2022, que da cuenta de una sospecha de enfermedad coronaria microvascular, enviándosele una resonancia magnética cardiaca. Se cuenta además con otra atención del 2 de agosto de 2022, en la que el médico anota que: *“No tiene en el momento una enfermedad coronaria, se descarta por no dolor no cambios en el ECG y biomarcador negativo 2. Lo más probable es que si tenga una angina microvascular, por lo que se optimiza el tto con diltiazem 3. Se debe optimizar su estado de detención porque eso empeora el estrés y eso a su vez empeora el estado de la enfermedad coronaria, en lo posible tener al paciente en un espacio donde pueda realizar actividad física y que no esté expuesto de manera directa al humo de tabaco 4. se deja ansiolítico con sertralina 5. Como está en estado de detención cuando la resonancia este el resultado lo pueden traer por urgencias para evaluar el resultado en este hospital, yo autorizo esta revisión por urgencias para facilitar el acceso del paciente a los servicios de salud Se le dan instrucciones y síntomas de alarma al paciente y al guardia de detención, ambos dicen entender y aceptar”*.

De la anterior transcripción, no evidenció el *a quo* de forma alguna que se colmaran los requisitos contenidos en el artículo 314 numeral 4° del Código de Procedimiento Penal, esto es, el estado grave por enfermedad, previo dictamen que indique que el estado de salud del señor Gil Zapata sea incompatible con la vida en reclusión; sí se observan recomendaciones médicas que pueden ser puestas en marcha por parte del INPEC una vez quede ejecutoriada la sentencia condenatoria. En consecuencia, negó la solicitud de prisión domiciliaria por enfermedad grave.

Radicado: 05-001-60-00206-2022-07061  
Sentenciado: Gustavo Adolfo Gil Zapata  
Delito: Hurto Calificado y Agravado

### 3.2. Del recurso.

El defensor del sentenciado recurrió la decisión para que se modifique la pena porque el Despacho de primera instancia sólo concedió el 65% de rebaja cuando la norma dispone que el beneficio va de la mitad a las tres cuartas partes de la pena; y porque además considera que la enfermedad de su asistido sí es incompatible con la vida en prisión.

Frente a lo primero resalta el censor que teniendo en cuenta los lineamientos de la sentencia de la SP2295 de 2020 de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, MP. Patricia Salazar Cuellar, para el caso en concreto el pago de la indemnización a las víctimas fue plena y oportuna; Manuela Londoño Zapata y Paul Andrés Sánchez Soto lo corroboraron, razón suficiente para que su asistido se haga acreedor a tan importante paliativo legal del 75%, solicitando a la segunda instancia la valoración de este aspecto para determinar el tiempo justo de detención del ciudadano Gustavo Adolfo Gil Zapata.

En relación con la negación de la sustitución de la detención preventiva por enfermedad, contemplada en el numeral 4° del artículo 314 del Código de Procedimiento Penal, la Defensa considera que al sentenciador le faltó apreciar de manera integral los documentos que acreditan la enfermedad de su asistido, por lo que considera necesario realizar un breve repaso de sus historias clínicas. Indica en primer lugar que hay antecedentes médicos de Gil Zapata los cuales dan cuenta que efectivamente entre el 18 al 21 de febrero de 2021 estuvo internado en UCI CardioVid de la clínica Santa María del barrio Guayabal de Itagüí; en dicha historia clínica, en la página 1 del 18 de febrero de 2022, se lee "*PASA ZONA 2 0 3 antecedentes negativos, asiste por cuadro de dolor torácico que presentó durante realización de ecocardiograma estrés y a/ regresar, trae reporte e/ cual es positivo para inducción de isquemia*". En la página 3 de la misma historia clínica aparece "*NOMBRE DEL DIAGNOSTICO. DOLOR EN EL PECHO NO IDENTIFICADO*", en el plan se lee "*Masculino de 47 años, previamente sano, 15 días de síntomas ingeniosos, previamente manejado como condritis, ahora ingresa con persistencia de dolor de más de 20 minutos de evolución y ecocardio estés con dobutamina positivo para inducción de isquemia,*

Radicado: 05-001-60-00206-2022-07061  
Sentenciado: Gustavo Adolfo Gil Zapata  
Delito: Hurto Calificado y Agravado

*requiere concepto de cardiólogo, por presencia de dolor torácico solicito iropomina.”.*  
En la página 5 de la mencionada historia clínica, pero del 23 de febrero de 2021, en cuanto al análisis se puede leer *"Gustavo Adolfo, 47 años con antecedentes de obesidad recientemente con documentación de dolor torácico precordial opresivo recurrente, pero con relación a movimientos, consulta referido luego de prueba de inducción isquemia positiva. El PLAN consistió en hospitalizarlo.”*  
En la página 8 del 23 de febrero de 2021, se puede leer *“ANALISIS Paciente de 47años, sin patología conocida excepto obesidad, cuadro de 15 días de episodio de dolor torácico, hoy asistió a ecodubutamina con inducción de isquemia positiva, al ingreso a la institución con dolor persistente anginoso, se tomó curva de biomarcador el cual es positivo, se considera cursa con IMANST por lo que se traslada a UCI-C para vigilancia, se inician metas de prevención secundaria y estudios de extensión. Ambulatoriamente se podría posible SAHOS”. NOMBRE DEL DIAGNOSTICO INFARTO AGUDO DEL MIOCARDIO, S/N OTRA ESPECIFICACION.”*

Afirma que toda la historia clínica indica con claridad que el señor Gustavo Adolfo Gil Zapata, hasta ese momento contaba con un problema cardiaco indicado por los galenos; después del 20 de marzo de 2022, cuando fue capturado y recluido en la URI y estación de policía del Municipio de Envigado, respectivamente, ha tenido 6 salidas para atención médica por urgencia con la participación del cuerpo de bomberos del municipio de Envigado, donde le fue tratado su problema cardiaco en la ESE Manuel Uribe Ángel, aparte de dos citas médicas de consulta externa. Sin embargo, por no realización de exámenes especializados no ha sido posible detectar una enfermedad coronaria, aunque sí persisten los dolores en el pecho por lo cual el médico urgentólogo doctor Jovanny de la Trinidad Garcés Montoya, indicó *Se debe optimizar su estado de detección por que eso empora e/ estrés y eso a su vez empeora e/ estado de la enfermedad coronaria, en lo posible tener al paciente en un espacio donde pueda realizar actividad física y que no esté expuesto de manera directa al humo de tabaco”*

Lo anterior de manera diáfana indica que la ciencia médica determina que no se puede tener a Gil Zapata en lugares como en el que actualmente se encuentra, la estación de policía de Envigado, tampoco en un centro penitenciario donde la mayor parte del tiempo los internos permanecen



Radicado: 05-001-60-00206-2022-07061  
Sentenciado: Gustavo Adolfo Gil Zapata  
Delito: Hurto Calificado y Agravado

hacinados en las celdas con lo cual no se estaría cumpliendo la recomendación médica.

Solicita en consecuencia se revoque la sentencia en lo correspondiente a la negativa del Juzgado Primero Penal Municipal de Envigado de no conceder el 75% de la rebaja de pena establecida en el artículo 269 del Código Penal y frente a la no sustitución de la detención preventiva contemplada en el artículo 314 numeral 4° del Código de Procedimiento Penal, a efectos de que pueda purgar la pena impuesta en su lugar de residencia, con el fin de que su problema de salud no conlleve a un desenlace fatal.

#### **4. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

##### **4.1. COMPETENCIA.**

Esta Sala es competente para resolver el asunto según lo dispone el numeral primero del artículo 34 de la Ley 906 de 2004<sup>1</sup>.

##### **4.2. PROBLEMA JURÍDICO.**

La Sala determinará, de un lado, si el ciudadano Gustavo Adolfo Gil Zapata tiene derecho a la máxima rebaja de pena que prevé el artículo 269 del Código Penal; y, del otro, si además le asiste derecho o no, habiendo sido condenado por el delito de Hurto Calificado y Agravado, a la reclusión domiciliaria por enfermedad grave.

##### **4.3. VALORACIÓN Y SOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS.**

Conforme a los argumentos de la Defensa impugnante, al resolver el problema jurídico planteado, la Sala se acoge al principio de limitación que establece la competencia funcional del Juez de segunda instancia en el

---

<sup>1</sup> Artículo 34. De los tribunales superiores de distrito. Las salas penales de los tribunales superiores de distrito judicial conocen:

1. **De los recursos de apelación contra** los autos y sentencias que en primera instancia profieran los jueces del circuito y **de las sentencias proferidas por los municipales** del mismo distrito. (Negritas de la Sala de Decisión).

recurso de apelación, de acuerdo con el cual la competencia del superior se circunscribe a los puntos que se extiende la inconformidad del apelante, así lo ha explicado recientemente la Sala de Casación Penal<sup>2</sup>:

*“9. En la Ley 906 de 2004 no existe, como sí lo establecía la Ley 600 de 2000 (artículo 204), una disposición donde expresamente se señale que, “En la apelación, la decisión del superior se extenderá a los asuntos que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de impugnación”.*

*Sin embargo, la Corte Constitucional, de antaño, al estudiar los límites a la competencia del superior jerárquico, indicó que en los sistemas acusatorios:*

*“existe una tendencia a limitar los poderes del superior jerárquico, a diferencia de lo sucedido en los sistemas inquisitivos por cuanto, como los sostiene Maier, en estos últimos, el recurso de apelación contra la sentencia se encontraba íntimamente ligado con la idea de delegación del poder jurisdiccional que gobernaba la administración de justicia, de suerte que el poder que se había delegado en el inferior debía devolverse por completo al superior, lo que implicaba acordarle a este último amplios poderes para revisar lo decidido por el a quo. Por el contrario, en un modelo procesal penal de tendencia acusatoria, los poderes del juez de segunda instancia se encuentran limitados por lo decidido por el inferior jerárquico”<sup>3</sup>.*

*10. Así, en virtud del principio de limitación, la intervención del juez de segundo grado en curso del examen propio del recurso de apelación, no puede desbordar sus funciones hacia aspectos no tratados o pretensiones no formuladas, bajo el entendido que se trata de un funcionario imparcial que carece de agenda propia y resuelve en consonancia con lo solicitado o discutido.*

*Ello, representa la materialización del derecho de defensa, en tanto, el contenido estricto de la apelación es el que marca la posibilidad de contradicción para los no impugnantes y mal puede decirse que se garantizó la controversia dialéctica cuando el juez se aparta de ese objeto concreto de debate para incursionar en terrenos ajenos que ni siquiera fueron planteados por la parte descontenta con el fallo y, por tanto, tampoco permitieron pronunciamiento de la contraparte<sup>4</sup>.”*

#### **4.3.1. La rebaja de pena del artículo 269 del Código Penal.**

El citado artículo a la letra dice “(...) Artículo 269. Reparación. El juez disminuirá las penas señaladas en los capítulos anteriores de la mitad a las tres cuartas partes, si antes de dictarse sentencia de primera o única instancia, el responsable

<sup>2</sup> Sentencia SP1370-2022 del 27 de abril de 2022, Radicado 53444, MP. Fernando L. Bolaños P.

<sup>3</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-591 de 2005.

<sup>4</sup> CSJ, SP15880-2014 del 20 de noviembre de 2014, Radicado 43557.

*restituyere el objeto material del delito o su valor, e indemnizare los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado.”*

Pues bien, la Sala de Casación penal de la Corte Suprema de Justicia en varias providencias<sup>5</sup>, ha hecho un análisis de esta institución, para definir ciertas características que permiten comprender su alcance:

- “1. Se trata de un mecanismo de reducción de pena, no de una atenuante de responsabilidad. Por lo tanto, no incide en el término de prescripción de la acción penal ni en la determinación de la cantidad máxima de pena que hace procedente el recurso de casación.*
- 2. La rebaja de pena no es facultativa del juez. Cumplido el supuesto fáctico, se aplica la consecuencia jurídica correspondiente sin que interese determinar el motivo que indujo a la restitución o indemnización, valoraciones subjetivas que no hacen parte de los requisitos consagrados en la ley.*
- 3. Si el objeto material del delito desaparece, se destruye o el imputado no está en condiciones de recuperarlo, la exigencia legal se cumple si paga su valor e indemniza el perjuicio causado.*
- 4. Si no se logra el apoderamiento del objeto material –como ocurre en la tentativa- o éste es recuperado por las autoridades, la rebaja opera si el responsable resarce los perjuicios causados con el hecho punible.*
- 5. La reducción es extensiva a los copartícipes, aunque no necesariamente en la misma proporción dadas las particularidades que se deben observar en el proceso de dosificación de la pena.*
- 6. La estimación de perjuicios hecha por el ofendido sólo puede ser objetada por los demás sujetos procesales, de manera que si aquél no reclama por daño moral es porque lo consideró inexistente. Sin embargo, aunque el funcionario judicial no puede cuestionar la pretensión indemnizatoria, debe verificar que recoja el querer de la ley para que sea integral y se estime de manera razonada, no como consecuencia de una intervención rutinaria y superficial de la víctima del delito.*
- 7. Su reconocimiento no concurre con circunstancias genéricas de menor punibilidad.”<sup>6</sup>*

En sentencia 40234 del 26 de junio de 2013, el Órgano de Cierre adujo que, para efectos de determinar el monto de la rebaja, se debía tener en cuenta la voluntad de resarcimiento integral y el momento en que se da dicho acto, pues no es lo mismo una reparación temprana de los perjuicios que una hecha *ad portas* de la sentencia de primera instancia; al respecto acotó la Corte que:

*“Pero lo que sí le está dado al juzgador es que, en aplicación del principio de igualdad y del valor justicia (que, en esencia, comporta dar a cada cual lo que le corresponde, según las especiales circunstancias de tiempo, modo*

<sup>5</sup> Cfr. Sentencias rad. 2643 de 1988, 9657 de 1998, 16562 de 2001, 24817 de 2006, 26253 de 2007, 35767 de 2012 y 39160 de 2012, entre otras

<sup>6</sup> C.S.J. Sala de Casación Penal, rad. 15613 del 13 de febrero del 2003.

*y lugar de su actuación), se mueva entre el 50% y el 75% del descuento, según el momento en que se hizo la indemnización y de quién surgió la voluntad de hacerlo, pues no es lo mismo que se restablezcan los derechos de la víctima a último momento, permitiendo que padezca las consecuencias del delito y las vicisitudes de un proceso penal por un extenso periodo, como tampoco que el esfuerzo para resarcir no hubiese sido realizado por el acusado, sino por un tercero (así sea un partícipe en el delito).”<sup>7</sup>*

De lo anterior se infiere que el Juez tiene la obligación de disminuir las penas en los delitos contra el patrimonio económico si antes de la sentencia el justiciable cumple con las siguientes exigencias: restituye el bien o su valor e indemniza al perjudicado. Del artículo también se infiere que el operador jurídico tiene libertad para reducir la pena entre la mitad y las tres cuartas partes, es decir, nada impide que opte por el tope máximo o el mínimo; por ende, ningún reparo merece la decisión del *a quo*, quien optó por una fórmula intermedia disminuyendo la pena en un 65%.

Ahora, la determinación de la sanción punitiva como cualquier aspecto sustancial de la sentencia, tiene que motivarse so pena de vulnerar el derecho fundamental al debido proceso en lo que a publicidad y contradicción se refiere. En efecto, el artículo 59 de la Ley 599 de 2000, ordena: “(...) **Motivación del proceso de individualización de la pena.** Toda sentencia deberá contener una fundamentación explícita sobre los motivos de la **determinación cualitativa y cuantitativa de la pena.**”<sup>8</sup>

En el *sub examine*, se tiene que el Juez de primera instancia a efectos de determinar el monto de la rebaja de pena por la indemnización de perjuicios indicó que: “(...) conforme al artículo 269, establece que el juez disminuirá las penas señaladas en los capítulos anteriores de la mitad a las tres cuartas partes, si antes de dictarse sentencia, el responsable restituyere el objeto material del delito o su valor, e indemnizare los perjuicios ocasionados al ofendido, **en consecuencia este despacho concederá el derecho a la rebaja del 65%, en los términos de la sentencia penal 2295 de 2020, (teniendo en cuenta la etapa procesal y tiempo transcurrido)**”<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> Cfr. Sentencia del 26 de junio de 2013, Radicado 40234.

<sup>8</sup> Negrillas de la Sala de Decisión.

<sup>9</sup> Negrillas de la Sala de Decisión.

Radicado: 05-001-60-00206-2022-07061  
Sentenciado: Gustavo Adolfo Gil Zapata  
Delito: Hurto Calificado y Agravado

De lo anterior colige esta Sala que ese argumento del *a quo* es razonable a efectos de sustentar el motivo por el cual optó por una rebaja del 65% - iterándose que es discrecional del operador jurídico optar por conceder una rebaja de entre el 50% y el 75%- , pues el Juez consideró que dada la tardanza entre la ocurrencia de los hechos y la indemnización, cuyo cálculo objetivo es de cuatro meses aproximadamente lo cual se deduce del texto de la misma providencia en el relato procesal, era procedente no otorgarle la máxima rebaja, sino del 65%, cifra que tampoco es nimia si se tiene en cuenta que también le era facultativo optar por la mínima del 50%, en tanto la norma así lo permite.

Es suficiente que se diga que entre los hechos y la indemnización transcurrieron cuatro meses y, por esa razón -la tardanza-, es que se rebaja el 65%. Entonces para esta Sala dicha determinación no puede ser objeto de reproche porque fue ajustada a la norma y justificada la motivación, que no debe ser igual a extensión del argumento.

El apelante debía demostrar la equivocación del antedicho argumento y atacar el por qué consideraba que la decisión del Juez fue arbitraria; sin embargo, en la sustentación de la alzada solo afirma que la indemnización fue plena y oportuna, lo cual no es un argumento si se tiene en cuenta que es eso lo que establece el artículo 269 del Código Penal como presupuesto para obtener la rebaja de entre la mitad a las tres cuartas partes de la pena.

Por lo anterior, se confirmará la sentencia respecto de la pena imputa en principio al ciudadano Gil Zapata, esto es, treinta y cinco meses de prisión.

#### **4.3.2. De la prisión domiciliaria como sustitutiva de la intramural por enfermedad grave.**

El artículo 68 del Código Penal, establece:

***“RECLUSIÓN DOMICILIARIA U HOSPITALARIA POR ENFERMEDAD MUY GRAVE. El juez podrá autorizar la ejecución de la pena privativa de la libertad en la residencia del penado o centro hospitalario determinado por el INPEC, en caso que se encuentre aquejado por una enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión formal, salvo que en el momento***

Radicado: 05-001-60-00206-2022-07061  
Sentenciado: Gustavo Adolfo Gil Zapata  
Delito: Hurto Calificado y Agravado

*de la comisión de la conducta tuviese ya otra pena suspendida por el mismo motivo. Cuando el condenado sea quien escoja el centro hospitalario, los gastos correrán por su cuenta.*

*Para la concesión de este beneficio debe mediar concepto de médico legista especializado.*

**Se aplicará lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 38.**

*El Juez ordenará exámenes periódicos al sentenciado a fin de determinar si la situación que dio lugar a la concesión de la medida persiste.*

*En el evento de que la prueba médica arroje evidencia de que la patología que padece el sentenciado ha evolucionado al punto que su tratamiento sea compatible con la reclusión formal, revocará la medida.*

*Si cumplido el tiempo impuesto como pena privativa de la libertad, la condición de salud del sentenciado continúa presentando las características que justificaron su suspensión, se declarará extinguida la sanción.” (Negrillas de la Sala)*

A su vez el artículo 38 *ibídem* consagra:

**“LA PRISIÓN DOMICILIARIA COMO SUSTITUTIVA DE LA PRISIÓN.** *La prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión consistirá en la privación de la libertad en el lugar de residencia o morada del condenado o en el lugar que el Juez determine.*

*El sustituto podrá ser solicitado por el condenado independientemente de que se encuentre con orden de captura o privado de su libertad, salvo cuando la persona haya evadido voluntariamente la acción de la justicia.*

**PARÁGRAFO.** *La detención preventiva puede ser sustituida por la detención en el lugar de residencia en los mismos casos en los que procede la prisión domiciliaria. En estos casos se aplicará el mismo régimen previsto para este mecanismo sustitutivo de la prisión” (Negrillas de la Sala)*

Así mismo, el numeral 4° del artículo 314 del Código de Procedimiento Penal, determina que:

**“SUSTITUCIÓN DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA.** *La detención preventiva en establecimiento carcelario podrá sustituirse por la del lugar de la residencia en los siguientes eventos:*

*(...)*

*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.” (Negrillas de la Sala)*

Pues bien, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con fundamento en la normatividad esbozada en precedencia, ha sido enfática en señalar que para reconocer el mecanismo sustitutivo invocado en favor del sentenciado no basta con que el médico forense advierta la gravedad del estado de salud del procesado, pues en todo

Radicado: 05-001-60-00206-2022-07061  
Sentenciado: Gustavo Adolfo Gil Zapata  
Delito: Hurto Calificado y Agravado

caso es necesario que la conclusión apunte inequívocamente a la imposibilidad de cumplimiento de la pena o medida en reclusión formal<sup>10</sup>.

Resulta entonces que los referidos artículos 68 del Código Penal y 314 del Procedimiento Penal, establecen una medida de carácter humanitario en favor de los procesados o condenados que padezcan una enfermedad muy grave incompatible con la reclusión carcelaria, a efectos de que puedan cumplir la pena en sus domicilios o en un centro hospitalario, hasta tanto se superan, si es del caso, sus dolencias físicas. Sin embargo, de la lectura literal de ambas normas lo que se establece es que el Juez “podrá” autorizar la sustitución de la reclusión intramural por la domiciliaria, es decir, se trata de una facultad optativa que no obliga al operador jurídico de manera automática a conceder dicha sustitución, aun cuando se cumpla con los requisitos exigidos en la Ley.

Consecuente con lo anterior, es preciso advertir que, para el otorgamiento de dicho beneficio, no se debe evaluar únicamente el cumplimiento de las hipótesis establecidas en el artículo 68, sino que es imperioso efectuar un análisis sistemático -así sea laxo- de la pena y de sus fines constitucionales y legales, de tal manera que el Juez no solo deba analizar si está demostrada con certeza la causal invocada, sino que la pena, además de mostrarse necesaria, proporcional y razonable<sup>11</sup>, cumpla razonablemente con sus funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado<sup>12</sup>, que por tal condición constituye una de las directrices que orientan todo el sistema penal y, por lo tanto, tiene prevalencia sobre el resto del cuerpo normativo legal ordinario.

En ese sentido y atendiendo a dichos factores, para determinar si resulta procedente otorgar la reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad grave el Juez debe evaluar<sup>13</sup> i) Que la enfermedad sea tan grave que resulte incompatible con la reclusión formal, lo cual implica que no se trata de

---

<sup>10</sup> Véase, entre otras, providencias como la AP1927-2017, del 22 de marzo de 2017, Radicado 49685.

<sup>11</sup> Conforme al artículo 3° del Código Penal.

<sup>12</sup> Previstos en el artículo 4° *ibídem*.

<sup>13</sup> Véase para el efecto, sentencias de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia como la 43866 del 16 de marzo de 2016, la 46936 del 24 de mayo de 2018, la 52898 del 25 de septiembre de 2019 y la 55614 del 10 de junio de 2020, entre muchas otras.

Radicado: 05-001-60-00206-2022-07061  
Sentenciado: Gustavo Adolfo Gil Zapata  
Delito: Hurto Calificado y Agravado

cualquier padecimiento sino aquel que se vea seriamente agravado por la reclusión en sí misma; ii) La naturaleza y gravedad del delito por el que la persona resultó condenada y; iii) Que la pena se muestre proporcional, necesaria y razonable frente a los fines de la misma y al delito por el cual se condenó a la persona.

En relación al primer factor, esto es la enfermedad grave, es importante precisar que no basta con la emisión de un dictamen de un médico (particular u oficial), pues es el Juez, como perito de peritos, quien analizará la procedencia en la concesión de dicho beneficio y determinará si el procesado debe permanecer en su lugar de residencia o en clínica u hospital, por lo que debe valorar que la enfermedad realmente sea incompatible con la prisión, lo que implica que no sea cualquier dolencia, sino aquella que se vea seriamente agravada por la reclusión en sí misma. Es decir, si la enfermedad puede ser tratada intramuralmente y el estado de salud del penado no va a empeorar ni mejorar en la reclusión, no hay tal incompatibilidad y, entonces, la medida a tomar no puede ser la reclusión domiciliaria, sino la adopción de medidas médicas adecuadas dentro del penal para preservar la salud y la vida del condenado. Obviamente esto sin desmedro de que se pueda disponer, de igual manera, de reclusión hospitalaria permanente o temporal, si la situación así lo amerita.

En punto a la naturaleza y gravedad del delito, este es un factor importante a tener en cuenta, de un lado, porque determina la cantidad y calidad de la pena y de otro, porque pone de presente un factor preponderante al momento de evaluar la proporcionalidad del sustituto penal en la medida en que entre más grave haya sido el delito más exigente debe ser el Juez para la concesión del beneficio. Es decir, necesariamente debe haber un ejercicio de ponderación entre la gravedad del delito cometido y la gravedad de la enfermedad que aqueja al condenado.

Finalmente, respecto de los fines de la pena, el Juez deberá analizar que el sustituto penal se ajuste al contenido de las normas rectoras previstas en los artículos 3° y 4° del Código Penal. Siendo claro para esta Sala que, por tratarse de una medida humanitaria no puede exigirse el cumplimiento a



cabalidad de todos ellos, pero tampoco significa que queden eliminados o inservibles de manera absoluta por la condición física del condenado. La idea es que, frente a una situación de este tipo, el Juez pondere entre los derechos de la persona sancionada, los intereses de las víctimas y los de la sociedad. Ello en tanto si bien las penas, los subrogados penales y las medidas de seguridad no pueden ser analizados e interpretados al margen de los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, dicha hermenéutica tiene que ir de la mano con las funciones de prevención general y especial, retribución justa, resocialización y protección al condenado.

Es así como, para que la prisión domiciliaria prevista en el ya mencionado artículo 68 resulte armónica con el sistema de justicia penal, de manera imperiosa debe ser analizada a la luz de los principios y fines que rigen las penas. Ello en tanto que una interpretación meramente exegética y aislada de las normas referidas en el párrafo precedente puede resultar inadecuada, en casos donde, por ejemplo, haya clara probabilidad de que el condenado pueda seguir delinquiriendo.

Es claro, se itera, que la prisión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad grave tiene que estar nutrida de los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, pero a su vez, también debe consultar, por lo menos, el fin de prevención especial<sup>14</sup>, bajo el entendido que se trata ciertamente de una medida de carácter humanitario, pero que no por ello se puede dejar vulnerable a la comunidad en concreto en la que tiene su arraigo el condenado.

En síntesis, la gravedad de una enfermedad no conlleva *per se* a la concesión del beneficio consagrado en el artículo 68, pues debe verificarse que esa reclusión domiciliaria u hospitalaria sea proporcional, necesaria y adecuada frente a la gravedad del delito por el cual la persona resultó sentenciada y, además, que no exista probabilidad alguna de que, quien resulte beneficiado con el sustituto, pueda seguir delinquiriendo.

---

<sup>14</sup> En procura de evitar la reincidencia del penado, lo que, a su vez en teoría, va de la mano con la reinserción social.

Radicado: 05-001-60-00206-2022-07061  
Sentenciado: Gustavo Adolfo Gil Zapata  
Delito: Hurto Calificado y Agravado

Se aportó por la Defensa, a efectos de sustentar su solicitud de sustitución de la pena de prisión, la historia clínica del sentenciado que da cuenta de las atenciones en salud que ha requerido el procesado en los últimos meses por cuenta de una “angina inestable” que le causa constantemente dolor en el pecho. Sin embargo, es de resaltar que según lo anotó el médico urgentólogo que lo atendió el 2 de agosto de 2022, doctor Jovanny de la Trinidad Garcés Montoya: *“1. No tiene en el momento una enfermedad coronaria, se descarta por no dolor no cambios en el ECG y biomarcador negativo 2. Lo más probable es que si tenga una angina microvascular, por lo que se optimiza el tto con diltiazem 3. Se debe optimizar su estado de detención por que eso empeora el estrés y eso a su vez empeora el estado de la enfermedad coronaria, en lo posible tener al paciente en un espacio donde pueda realizar actividad física y que no esté expuesto de manera directa al humo de tabaco 4. se deja ansiolítico con sertralina 5. como esta en estado de detención cuando la resonancia este el resultado lo pueden traer por urgencias para evaluar el resultado en este hospital, yo autorizo esta revisión por urgencias para facilitar el acceso del paciente a los servicios de salud”*

Aunado a lo anterior, y tras la revisión detallada de la documentación aportada, para esta Sala no existe duda alguna respecto a que, si bien Gil Zapata tiene una afección en salud, no se encuentra desde el punto de vista clínico en estado de grave enfermedad, siendo claro que los elementos de persuasión aportados no revelan que su patología resulte incompatible con la vida en reclusión formal, ni tampoco que la asistencia que su condición reclama no pueda ser suministrada por parte de las autoridades penitenciarias.

Se trata de una patología que quizás pueda hacer más difícil su situación de prisión intramural en atención a los medicamentos que requiere el procesado, pero de la lectura de los documentos aportados, la misma se itera, no resulta incompatible con dicha modalidad de pena, bajo el entendido que en sí misma no va a poner en peligro su vida o su salud, como que tampoco, a su vez, la prisión domiciliaria vaya a mejorar la situación del encartado, o por lo menos eso no está demostrado dentro del expediente.

Además es importante recordar que las autoridades penitenciarias están obligadas a garantizarle a los ciudadanos bajo su cargo los requerimientos

que tengan en materia de salud y, si bien es claro que la infraestructura y el hacinamiento que existe en los distintos centros penitenciarios y carcelarios del país podrían hacer menos digna la vida de quienes, como el procesado, purgan penas de prisión mientras se encuentran enfermos, no existe un elemento de juicio concreto que permita colegir que el INPEC no esté en capacidad de atender a una persona en sus condiciones. Es cierto que el hacinamiento de la mayoría de centros carcelarios del país ha generado un estado de cosas inconstitucional tal como lo ha declarado la Corte Constitucional, pero también lo es que esta difícil situación no puede servir de excusa automática para la concesión de beneficios a quienes, no los merecen, más aún si se tiene en cuenta que existe prohibición expresa para que se acceda a tales.

Aunado a lo anterior, también resulta preciso acotar, conforme se analizó en precedencia, que en este caso se trata de una conducta bastante grave que no puede obviarse pues el sentenciado en compañía de otro sujeto ingresaron a una residencia y atentaron, con navaja y destornillador en mano, contra el bien jurídico del patrimonio económico de dos personas para lo cual incluso forcejearon con estos y lograron agredirlos, al interior de la residencia; siendo claro entonces que el sentenciado es un peligro para la comunidad en general.

Es importante en este punto para la Sala argüir que el estado de salud del procesado para el momento de la comisión de la conducta punible no constituyó limitante alguno, pues según las historias clínicas aportadas por la Defensa, las condiciones de salud invocadas las padece por lo menos, desde el año 2021, mientras que los hechos aquí juzgados ocurrieron el 20 de marzo de 2022.

Considera esta Sala que Gil Zapata no es merecedor de la prisión domiciliaria por enfermedad grave ya que el estado actual que alega la Defensa es el que ha presentado desde hace años y, aun así, delinque de la forma en que lo hizo ingresando a la intimidad de una residencia a amenazar y hurtar a sus moradores quienes por supuesto se encontraban completamente desprevenidos.

Radicado: 05-001-60-00206-2022-07061  
Sentenciado: Gustavo Adolfo Gil Zapata  
Delito: Hurto Calificado y Agravado

Es importante para esta Sala resaltar que lo que procura con este tipo de pronunciamientos es evitar que los percances en salud sean utilizados como una especie de patente de corso que impida la aplicación del merecido y necesario reproche penal, en eventos como el del *sub examine* en que la patología alegada, y en este caso preexistente, no sirvió de disuasor para la comisión de la conducta punible, que sin lugar a dudas debe calificarse como grave.

No obstante, lo anterior, teniendo en cuenta el estado de salud del señor Gil Zapata, se requerirá al director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario para que sea tenida en cuenta su situación, a efectos de que proceda a ubicar al condenado en un centro de reclusión adecuado a sus necesidades, a efectos de que su salud no se vea comprometida. Es importante además advertir que si en algún momento el estado de salud del sentenciado evoluciona negativamente y lleva a que un médico legista lo considere incompatible con la reclusión, este puede realizar la respectiva solicitud ante el Despacho de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad que vigile la pena impuesta.

Por las razones expuestas por el *a quo* y las mencionadas en esta decisión, se confirmará la negativa en la concesión de la prisión domiciliaria por enfermedad grave como sustitutiva de la prisión intramuros que deprecó el defensor de Gustavo Adolfo Gil Zapata.

Con fundamento en lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

## **R E S U E L V E**

**PRIMERO: CONFIRMAR ÍNTEGRAMENTE** la sentencia condenatoria proferida el 19 de septiembre de 2022 por el Juzgado Primero Penal Municipal con funciones de conocimiento de Envigado-Antioquia que

Radicado: 05-001-60-00206-2022-07061  
Sentenciado: Gustavo Adolfo Gil Zapata  
Delito: Hurto Calificado y Agravado

condenó a Gustavo Adolfo Gil Zapata a la pena de 35 meses de prisión tras hallarlo autor penalmente responsable del delito de Hurto Calificado y Agravado, sin la concesión de sustitutos penales.

**SEGUNDO:** Contra esta decisión, que se notifica en estrados, procede el recurso de casación, el cual deberá interponerse dentro del término común de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de la misma.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE**  
*Magistrado*



**NELSON SARAY BOTERO**  
*Magistrado*



**HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA**  
*Magistrado*