



SALA DE DECISIÓN PENAL

APROBADO ACTA 152

(Sesión del 25 de junio de 2024)

Radicado: 05001-60-00248-2018-13590
Sentenciadas: Isabel Cristina Vargas Muñoz, Mónica María Muñoz Pérez, Sandra Natalia Muñoz Vásquez y Alba Marina Hincapié Arroyave
Delito: Concierto para Delinquir y Hurto Calificado y Agravado
Asunto: Defensa apela negativa de sustitución de prisión intramural por domiciliaria por enfermedad grave de Alba Marina Hincapié Arroyave y madre cabeza de familia de Mónica María Muñoz Pérez
Decisión: Confirma
M. Ponente: José Ignacio Sánchez Calle

Medellín, veintiocho (28) de mayo de dos mil veinticuatro (2024)

(Fecha de lectura)

1. OBJETO DE DECISIÓN

La Sala resuelve el recurso de apelación que presentaron los defensores de Alba Marina Hincapié Arroyave y Mónica María Muñoz Pérez, contra la decisión del 28 de noviembre de 2022, por medio de la cual la Juez Veintidós Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Medellín, las halló penalmente responsables por la comisión de las conductas de Concierto para Delinquir y Hurto Calificado y Agravado, y les negó la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión intramuros.

2. HECHOS

Un grupo de personas conocidas como “Las Mechudas” o “Las Magníficas” con vínculos de familiaridad o de amistad, se dedicaron desde el 7 de diciembre de 2015 al 13 agosto de 2020, de manera permanente al hurto en establecimientos de comercio, almacenes de cadena o grandes superficies en diferentes ciudades y municipios de Colombia, mediante la modalidad

conocida como “escaperos, mecheros o hurtos hormigas”, consistente en que las integrantes del grupo ingresaban a los locales comerciales y haciéndose pasar por clientas extraían la mercancía sin cancelar, ocultándola en sus elementos personales, “bolsas biónicas” u ocultándolas entre sus propias prendas de vestir después de despojarla de los pines de seguridad.

Específicamente a Mónica María Muñoz Pérez se le atribuyen el concurso de conductas de concierto para delinquir, 3 hurtos calificados y agravados, 5 hurtos agravados y 1 hurto agravado tentado así:

- a. Ocurrido el 7 de diciembre de 2015 en Gef Centro Rionegro, hurto de elementos valuados en \$2.697.000.
- b. Ocurrido el 16 de septiembre de 2016 en la Tienda Gef de Rionegro, hurto de elementos valuados en \$290.700
- c. Ocurrido el 8 de diciembre de 2015 en Gef Florida, hurto de elementos valuados en \$2.300.000.
- d. Ocurrido el 20 de junio de 2019 en Almacenes Éxito Aventura, hurto de elementos valuados en \$224.100.
- e. Ocurrido el 19 de diciembre de 2017 en Justo y Bueno Ciudad del Rio, hurto de elementos valuadas en \$200.000.
- f. Ocurrido el 16 de febrero de 2018 en Justo y Bueno parque de Belén, hurto de elementos valuados en \$500.000.
- g. Ocurrido el 5 de julio de 2018 en Justo y Bueno Los Colores, hurto de elementos valuados en \$442.150.
- h. Ocurrido el 5 de julio de 2018 en Justo y Bueno Belén La Palma, hurto de elementos valuados en \$462.100.
- i. Ocurrido el 29 de julio de 2018 en Justo y Bueno Copacabana, hurto de elementos valuados en \$434.600.

Y a Alba Marina Hincapié Arroyave se le atribuye el concurso de conductas punibles de concierto para delinquir, 3 hurtos calificados y agravados y 3 hurtos agravados tentados, así:

- a. Ocurrido el 8 de diciembre de 2015 en Gef Florida, hurto de elementos valuados en \$2.300.000.
- b. Ocurrido el 7 de diciembre de 2015 en Gef Centro Rionegro, hurto de elementos valuados en \$2.697.000.
- c. Ocurrido el 10 de diciembre de 2017 en Gef Punto Clave, hurto de elementos valuados en \$890.500.
- d. Ocurrido el 10 de septiembre de 2016 en Gef Mayorca, hurto de elementos valuados en \$149.970.
- e. Ocurrido el 7 de enero de 2016 en Gef Centro Rionegro, hurto de elementos valuados en \$332.300.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

3.1. Actuación procesal relevante

3.1.1. Audiencia de solicitud de orden de captura. El 21 de octubre de 2020 ante el Juzgado Cuarenta y Uno Penal Municipal con funciones de control de garantías de Medellín, se solicitó orden de captura de Isabel Cristina Vargas Muñoz, Mónica María Muñoz Pérez, Sandra Natalia Muñoz Vásquez, Leidy Tatiana Giraldo Rendon, Claudia Yannet Dávila Muñoz y Alba Marina Hincapié Arroyave.

3.1.2. Audiencias preliminares. El 4 de noviembre de 2020, ante el Juzgado Once Penal Municipal con funciones de control de garantías de esta ciudad, se realizó el control posterior de allanamiento y registro y sus resultados y se accedió a la incautación de elementos con fines de comiso, a su vez se legalizó la captura de Isabel Cristina Vargas Muñoz, Mónica María Muñoz Pérez, Sandra Natalia Muñoz Vásquez, Leidy Tatiana Giraldo Rendon, Claudia

Yannet Dávila Muñoz y Alba Marina Hincapié Arroyave, después de lo cual la Fiscalía General de la Nación les formuló imputación por los delitos de concierto para delinquir con fines de hurto artículo 340 inciso 1 del Código Penal, Hurto Calificado y Agravado conforme al artículo 239, 240 numeral 1 y 241 numerales 10 y 11 del Código Penal, y Hurto Agravado de acuerdo al artículo 240 numeral 1 de la misma normatividad; las imputadas no se allanaron a los cargos. Acto seguido se les impuso medida de aseguramiento de detención preventiva de la libertad en establecimiento de reclusión decisión apelada por la defensa.

3.1.3. Decisión de segunda instancia: en audiencia del 16 de diciembre de 2020, el Juzgado Veinte Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Medellín, revocó la decisión adoptada por el Juzgado Once Penal Municipal con funciones de control de garantías de Medellín y en su lugar ordenó la libertad de Mónica María Muñoz Pérez, Leidy Tatiana Giraldo Rendón, Claudia Yannet Dávila Muñoz y Alba Marina Hincapié Arroyave, previo pago de caución prendaria y la suscripción de diligencia de compromiso y a Isabel Cristina Vargas Muñoz y Sandra Natalia Muñoz Vásquez, se les impuso la detención preventiva pero en su lugar de residencia.

3.1.4. Acusación que mutó a Preacuerdo. El 17 de noviembre de 2022, estando *ad portas* de que se realizara la audiencia de acusación, las partes advirtieron que habían llegado a un preacuerdo en virtud del cual las procesadas Isabel Cristina Vargas Muñoz, Mónica María Muñoz Pérez, Sandra Natalia Muñoz Vásquez y Alba Marina Hincapié Arroyave aceptaban la responsabilidad penal por los delitos de Concierto para delinquir y Hurto Calificado y Agravado (Artículos 340 Inciso 1, 239, 240 Numeral 1 y 241 Numeral 11) degradándose la calidad de autor a cómplice, haciéndose una rebaja de pena del 50% como contraprestación, se pactó una pena de 24 meses de prisión por el delito de concierto para delinquir y por el hurto un mes por cada evento.

La audiencia fue suspendida a fin de verificar los elementos de prueba allegados.

3.1.5. Audiencia de aprobación preacuerdo, 447, emisión de sentido del fallo y lectura de sentencia: el 28 de noviembre de 2022, la Jueza Veintidós Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Medellín le impartió aprobación al preacuerdo, anunciando el correspondiente sentido del fallo de carácter condenatorio.

3.1.5.1 En la audiencia de individualización de pena y sentencia prevista en el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, tanto la fiscalía como la apoderada de víctimas no hicieron ningún pronunciamiento frente a las condiciones individuales, familiares, sociales y modo de vivir de las acusadas.

3.1.5.2 La abogada defensora de Mónica María Muñoz solicitó se le concediera a su prohijada la prisión domiciliaria como pena sustitutiva fundada en la condición de madre cabeza de familia, ya que esta es la única responsable de su hija Dandiney Xiomara Vásquez Muñoz, menor de edad que en la actualidad cursa octavo de bachillerato, el padre nunca se ha hecho responsable de ella por ser habitante de calle. Indicó que Mónica María es la persona encargada de velar por su hija menor de edad de forma permanente tanto en lo afectivo como en lo económico.

Solicitó tener en cuenta el comportamiento de la ciudadana durante el proceso, la disposición que tuvo siempre para indemnizar a las víctimas.

3.1.5.3 Por su parte, la defensa de Alba Marina Hincapié Arroyave solicitó se concediera la sustitución de la ejecución de la pena en el lugar de residencia, con fundamento en el numeral 4 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004, esto es, cuando el acusado estuviera en un estado de grave enfermedad. Y para este fin allegó un dictamen particular emitido el 10 de noviembre de 2022, por el médico y cirujano Edgardo Miranda Carmona, experto en medicina forense, de conformidad con lo indicado en sentencia C-163 de 2019.

Resaltó que dicho dictamen era producto del análisis de uno anterior proferido por el Instituto Colombiano de Medicina Legal y Ciencias Forenses y la propia versión de la señora Alba Marina Hincapié, resaltando algunos apartes dentro de los cuales se destaca que su defendida está en tratamiento con Metrotexate

hace 20 años, el cual genera algunos efectos secundarios que pueden causar peligro para la vida de la paciente ya que puede disminuir la cantidad de células sanguíneas que produce la médula ósea, puede producir daños hepáticos, pulmonares, en el revestimiento de la boca del estómago e intestinos.

También destacó del dictamen que en la aplicación de la escala de Barthel, el cual dice se relaciona con la capacidad de movilidad de un paciente, tuvo en el caso de la señora Alba Marina un resultado de 55 puntos de dependencia.

En cuanto a las patologías que padece la señora Alba Marina dijo que son 8 en total, las cuales no son curables sino controlables, estas son: hipertensión arterial esencial con manejo medicamentoso, artritis reumatoidea activa, artrosis de columna lumbo sacra, trombosis venos profunda, inmunosupresión por Metotrexate, obesidad grado II, escala Barthel modificada en 55 puntos (dependencia moderada) y depresión bajo tratamiento psiquiátrico.

Recalca que el médico encontró que a la luz del dictamen anterior proferido por el Instituto Colombiano de Medicina legal y Ciencias Forenses, las patologías de la señora Alba Marina habían evolucionado, requiriendo un manejo serio, adecuado y oportuno por parte de sus médicos tratantes, además de existir un compromiso mayor en su movilidad y dependencia de otras personas, lo que se evidencia con la aplicación de la escala de Barthel que en el dictamen realizado por medicina legal arrojó un resultado de 85 puntos de dependencia, el cual se denominaba como leve, pero en esta oportunidad el resultado fue de 55 puntos, lo que aumentó a una dependencia moderada.

En cuanto a sus condiciones actuales refirió que el último hecho delictivo en el que participó su defendida tuvo lugar en el año 2016, momento desde el cual se ha mantenido alejada de ese modo de vivir, aunado a que por las patologías sufridas no puede salir de su casa, por lo que decidió dedicarse a la venta de comestibles en su residencia, lo que permite entender que no se pondrá en peligro a la comunidad, y puede desde su domicilio continuar con su proceso de resocialización.

3.2. 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 Isabel Cristina Vargas Muñoz, Mónica María Muñoz Pérez, Sandra Natalia Muñoz Vásquez y Alba Marina Hincapié Arroyave habían aceptado los cargos de manera libre, consciente, voluntaria y debidamente asesoradas por sus abogados defensores, la sentenciadora les impuso la pena principal acordada; para los casos que fueron apelados así:

3.2.1. Mónica María Muñoz Pérez: 33 meses de prisión, al hallarla penalmente responsable de las conductas punibles de concierto para delinquir simple, y coautora de hurto calificado y agravado en 3 eventos, hurto agravado en 5 eventos y hurto agravado tentado en 1 evento.

En cuanto a la prisión domiciliaria como madre cabeza de familia solicitada por la defensa de la ciudadana, bajo el argumento de que Mónica María Muñoz Pérez era quien velaba económica y emocionalmente por su hija menor de edad, para lo cual aportó registro civil de nacimiento de la niña Dadiney Xiomara Vásquez, nacida el 18 de noviembre de 2005, cuyo padre es el señor Marlon Vásquez Rolda, quien según documento de la Alcaldía de Medellín ingresó al programa como habitante de calle desde el 2003, una cuenta de servicios públicos y una declaración extrajuicio del señor Oscar Mauricio Muñoz Hincapié, en la cual se resalta el cuidado de la menor de edad por parte de la señora Mónica María Muñoz; consideró la juez de primer grado que estas pruebas eran insuficientes para acreditar los requisitos exigidos por la Corte Constitucional para conceder dicho beneficio.

También indicó que llamaba la atención que se hubiera allegado una declaración extrajuicio del señor Oscar Mauricio Muñoz, quien no solo comparte los mismos apellidos de la procesada, sino que además compartían el lugar de residencia, pudiéndose extraer que se tienen algún tipo de familiaridad, lo cual podría ser un hecho indicador para concluir que la menor

de edad sí tenía otras personas que pudieran acompañarla mientras que su madre descontaba la pena de prisión que se le imponía.

Sumado a ello, resaltó que uno de los presupuestos que traía la figura de madre cabeza de familia era que hubiera deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros, siendo deber de quien deprecia la agracia acreditar que no había ningún integrante de la familia que pudiera hacerse cargo del menor de edad y, para el caso, no se aportó ningún elemento que llevara al Despacho a esa conclusión, pues nada se había dicho por la defensa en cuanto a los abuelos, tíos o que nadie más pudiera suplir la función que la madre desempeñaba, no pudiendo entrar el despacho hacer un estudio ni recopilar elementos de prueba que la interesada no hubiese arrimado.

Concluyó que ante la deficiencia de elementos que permitieran al fallador hacer un análisis mayor, no se podía acceder a la prisión domiciliaria, no obstante, la defensa en sede de ejecución de penas podría recopilar los elementos que soportaran la petición de manera más completa.

3.2.2. Alba Marina Hincapié Arroyave: 29 meses de prisión, al hallarla penalmente responsable de las conductas punibles de concierto para delinquir simple y coautora de hurto calificado y agravado en 3 eventos y hurto agravado tentado en 2 eventos.

No se accedió a la solicitud de sustitución de la pena de prisión por domiciliaria por enfermedad grave incoada por la defensa de la encartada, para la cual se aportó dictamen del galeno Edgardo Miranda Carmona de fecha 10 de noviembre de 2022, en el que se describían las patologías que presentaba la señora Alba Marina Hincapié Arroyave, indicando que estas no eran curables sino controlables, enumerándolas así: i) hipertensión arterial esencial, con manejo medicamentoso; ii) artritis reumatoide activa; iii) artrosis de columna lumbo sacra; iv) trombosis venosa profunda (1episodio); v) inmunosupresión por Metrotrexate; vi) obesidad grado II (38,27 de imc); vii) escala de Barthel modificada de 55 puntos (dependencia moderada); viii) depresión bajo tratamiento psiquiátrico.

En el antedicho informe también se hacía un análisis de los medicamentos que consumía Alba Marina Hincapié Arroyave, en especial del Metrotrexate y los efectos adversos que puede tener en su organismo, y finalmente se hacen unas conclusiones de las que resaltó la presencia de una persona y que pudiera acompañarla a ella en la realización de sus necesidades diarias para que pudiera desenvolverse en condiciones dignas y también para ejercer la movilidad en sus actividades diarias, además de tener un manejo adecuado respecto del citado medicamento para evitar una intoxicación, es decir, tener una reacción rápida en caso de que se presente el evento e igualmente que se brinde de manera adecuada y oportuna, pero no se indicó que tuviera un estado grave por enfermedad.

Señaló que anteriormente se había realizado otro dictamen a la Señora Alba Marina Hincapié Arroyave, donde fue más concreta la galena y se pronunció respecto a lo que exige la norma, esto es determinar el estado grave por enfermedad, las condiciones de salud para que la judicatura tuviera argumentos y elementos para determinar si encontrándose este es incompatible con la vida en reclusión, y en esa oportunidad la perita de medicina legal indicó que no había un estado grave por enfermedad.

Entonces, indicó que, si bien del nuevo dictamen se podía extraer la serie de patologías delicadas que padecía la paciente y que requerían control y un adecuado seguimiento, no existía fundamento alguno de carácter médico que llevara al Juzgado a concluir que había un estado grave por enfermedad en la ciudadana.

Adicionó que tampoco se evidenciaba que el estado de salud en el que se encontraba la señora Alba Marina Hincapié Arroyave fuera incompatible con la internación en establecimiento carcelario, por cuanto allí podría asegurarse esas condiciones de salud con una adecuada ingesta de medicamentos y alimentación, máxime cuando dentro del establecimiento no podría ser sometida a la realización de actividades que impliquen gran movilidad como por ejemplo las que si realiza en su lugar de residencia, pues de acuerdo a las declaraciones aportadas se afirma que ésta realiza alimentos en la casa y de ahí proviene su sustento, es decir, que pese a las recomendaciones médicas

en su casa está haciendo actividades que implican movilidad, situación que le genera más condiciones negativas a su salud.

Subrayó que en el dictamen médico particular lo que se indica es que presenta un menoscabo frente a una situación de salud, pero no grave por enfermedad, y lo que se ha querido resaltar es que se debe dar un manejo adecuado a las patologías, pero no que haya una situación que la coloque en riesgo de manera objetiva en caso de ser internada. Y no tenía el Despacho fundamentos para afirmar que al interior del establecimiento carcelario no le fueran a suministrar los cuidados prescritos por los médicos tratantes, pues es una obligación del Inpec suministrar todos los medicamentos, permitir la ingesta oportuna en horas y bajo las prescripciones médicas y la atención en salud de manera oportuna.

Por ello consideró la *a quo*, que no se cumplían los presupuestos legales para afirmar que se encontraba en un estado grave por enfermedad y que el mismo fuera incompatible con la vida en reclusión, pues así no lo dictaminó ninguno de los 2 médicos que la examinaron desde el 2021, tampoco encontró el juzgado que dicho análisis pudiera hacerse de los elementos aportados por la defensa.

Respecto a lo indicado por el abogado de la sentenciada en cuanto a que esta vivía con una de sus hijas y se había alejado de las actividades ilícitas desde el año 2017, señaló la funcionaria que ello era un aspecto que debía ser valorado por el juez de ejecución de penas de cara a tomar alguna decisión frente a sustitutos penales, pero para lo que tenía que ver con la prisión domiciliaria por grave enfermedad no tenía ninguna incidencia.

Determinó entonces que Mónica María Muñoz Pérez, y Alba Marina Hincapié Arroyave deberían descontar la pena impuesta en el establecimiento carcelario que para el efecto señalara el INPEC, teniéndose como parte cumplida de la sanción, el tiempo que estuvieron efectivamente privadas de la libertad por parte de ese proceso; advirtiendo así mismo que para el efecto, se emitirá la correspondiente orden de captura.

Además, ordenó al INPEC permitieran y suministraran las atenciones médicas que llegara a requerir Alba Marina Hincapié Arroyave, para mantener su estado de salud y de tener alguna recaída informaran al despacho de ejecución de penas a fin de hacer las peticiones respectivas.

3.3. Del recurso.

3.3.1. Inconforme con la negativa de concesión de la prisión domiciliaria por madre cabeza de familia y enfermedad grave, los defensores de Mónica María Muñoz Pérez y Alba Marina Hincapié Arroyave interpusieron el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, los cuales sustentaron de la siguiente manera:

3.3.1.1. Mónica María Muñoz Pérez: La defensora de la ciudadana afirmó que el único aspecto de reproche se contrae al análisis realizado frente a la calidad de su prohijada como madre cabeza de familia.

Afirmó que la responsabilidad de la señora Mónica María Muñoz Pérez frente a su hija de 17 años y que terminó de cursar octavo grado de bachillerato, es permanente; el padre de la menor es drogadicto y habitante de calle, quien se ha sustraído de sus obligaciones y no asume la responsabilidad que le corresponde por problemas mentales. Refirió además que su representada no recibe ayuda de ningún miembro de su familia, la única persona que le ayudaba con el cuidado de su hija era su madre, quien falleció en septiembre de 2017.

Alega que para la fecha en que se tomó la decisión la niña recientemente había cumplido los 17 años, por lo que le faltaba casi todo un año para cumplir la mayoría de edad, además, los padres son responsables de sus hijos hasta que cumplan 18 años o hasta los 25 si siguen estudiando y en este caso la menor de edad se encontraba matriculada para cursar el grado noveno en el año 2023.

Censura que la Juez de primer grado haya asumido que quien rindió la declaración extrajuicio que se aportó en audiencia del 447, era familiar de su

defendida, lo que aclara no es cierto, solo es coincidencia que tengan el mismo apellido, en la declaración se dice que el señor Mauricio conoce a Mónica hace más de 20 años y él tiene 60, si fuera familia diría que la conoce de toda la vida, pues su defendida tiene 50 años. Además, explica que no habitan en la misma casa, pues donde viven es un callejón donde la dirección es carrera 43 calle 18-39, pero existen apartamentos, sino que el declarante no dijo cuál era el suyo, siendo este el 117.

Solicita se le dé la oportunidad a su prohijada de descontar su condena en el domicilio junto con su hija, pues en los barrios populares existe una gran problemática con el consumo de drogas, y le manifestó la señora Mónica que su hija el último año se había estado juntado con malas amistades por lo que le tocaba estar muy pendiente de la niña, y si la dejaba solo no había quien la controlara, que tiene temor de que se vuelva drogadicta por el antecedente de su padre

Por otra parte, pone en conocimiento que la señora Mónica María Muñoz Pérez, indemnizó efectivamente a las víctimas y para ello tuvo que realizar un préstamo de \$ 3.000.000, el que está pagando; durante todo el proceso tuvo un buen comportamiento, se presentó a todas las audiencias mostrando un arrepentimiento de sus actos, siendo el primer antecedente con el que cuenta.

3.3.1.2. Alba Marina Hincapié Arroyave manifestó el abogado defensor que el único reproche en contra de la sentencia tenía relación con el análisis que realizó el Despacho acerca de las condiciones de salud que presentaba su representada, las cuales fueron plasmadas en el dictamen del 11 de noviembre de 2022, elaborado por el médico forense Edgardo Miranda Carmona, cuyo contenido fue desestimado por la juez de primera instancia, negando la prisión domiciliaria por no padecer de enfermedad grave.

Indicó que para el 5 de junio de 2021 se llevó a cabo un primer dictamen médico a la señora Alba Marina Hincapié Arroyave a través del Instituto Colombiano de Medicina Legal y Ciencias Forenses a cargo de la médica Viviana López Castro y posteriormente como quiera que el proceso se extendió en el tiempo se materializó un nuevo dictamen por el doctor Edgardo

Miranda Carmona, en el que, entre otras cosas, se indicaba que las condiciones clínicas actuales de su representada evidenciaban un menoscabo a la salud de esta con relación al informe anterior, esto teniendo en cuenta que la paciente recibía Metrotrexate como tratamiento inmunosupresor y los principales efectos adversos de este son la mielosupresión, insuficiencia renal, mucositis y alteraciones neurológicas; también se refirió a que el manejo por intoxicación de esa droga debía ser rápido y adecuado, y que la señora Alba Marina Hincapié Arroyave necesitaba acompañamiento para sus necesidades diarias.

Arguyó que la juez de primera instancia antepuso un concepto de perito forense anterior solo porque allí se indicaba que en el momento no se presentaba una grave enfermedad, desconociendo la progresividad de las patologías que aquejaban a su defendida, las conclusiones y recomendaciones relacionadas por el perito particular.

Afirmó que, no se pretendía elevar la discusión a las calidades técnicas y científicas de los dos galenos, sino a que se desechara de tajo un informe que es más reciente y que se retrotraiga el estado de salud de su representada a lo que casi un año y medio atrás se había consignado en el dictamen de medicina legal, pues es claro que la salud de Alba Marina se ha deteriorado, al punto que en el protocolo de Barthel para el mes de junio de 2021 arrojó un total de 85 puntos, dependencia leve, mientras que en el último dictamen el puntaje fue de 55 catalogado como dependencia moderada.

Alega que según lo indicado por la funcionaria la señora Alba Marina debía estar constantemente hospitalizada para poder entender que tiene condiciones graves de salud, pero ello no es así, porque la procesada no tiene patologías curables sino de manejo, lo que implica que por el curso normal de los años y el proceso evolutivo estas infieran de manera negativa en el estado de salud de su defendida.

Aseveró que la labor del perito en este tipo de informes no va más allá de *“establecer o confirmar el diagnóstico, evaluar la situación de salud actual de la persona por examinar e informar que manejo requiere y cuáles son las condiciones que deben garantizarse para la recuperación o preservación de la salud. Así mismo,*

recomendar si este debe ser intrahospitalario o ambulatorio. Igualmente, cuando sea el caso, se referirá también, de manera genérica, a las condiciones de cuidado y atención requeridas según las circunstancias particulares de salud de la persona examinada”, por lo que no puede esperar la señora juez que el perito manifieste en su informe que la señora Alba Marina Hincapié Arroyave presentaba un estado grave por enfermedad, pues es al operador jurídico a quien le toca analizar en conjunto todos los elementos de prueba para determinar la procedencia de la sustitución, entre otras cosas, porque no solo puede entenderse como enfermedad grave aquella que pone en peligro la vida de la paciente, pues también lo es la que pone en entredicho aspectos como la dignidad y salud de la persona.

De allí que encuentre de los dos informes presentados por los galenos que su prohijada si se encuentra en un estado grave por enfermedad, pues incluso los mismos medicamentos que ingiere tienen consecuencias adversas que afectan su sistema nervioso central, el área pulmonar, los riñones y varios órganos de su cuerpo, además, resultaba difícil afirmar que el tratamiento fuese garantizado en la cárcel atendiendo la situación actual que atraviesan todos los centros de reclusión, pudiéndose prevenir con la prisión domiciliaria situaciones futuras que posteriormente se pudieran lamentar.

Se duele de la argumentación del despacho en cuanto a que las condiciones de salud de la procesada serían más optimas en el centro de reclusión, que en su casa, pues allí no le tocaría preparar alimentos para vender y conseguir su sustento, manteniéndose en constante reposo, lo que dice, demuestra que a todas luces la Funcionaria buscaba desconocer las condiciones graves de salud de Alba Marina Hincapié, como si preparar unos alimentos al interior de su vivienda fuera más nocivo que privarla de la libertad en el estado que se encuentra y con las condiciones en temas de sanidad que presentan los centros de reclusión.

Finalmente resalta que además de las condiciones de salud, el último hecho delictivo en el que participó su defendida data del 2016, fecha desde la que decidió abandonar el delito y dedicarse a su hogar, además, los hechos que dieron lugar a la condena son meramente patrimoniales y las víctimas ya recibieron el reintegro y los perjuicios causados.

3.3.2. La Representante de la empresa Crystal S.A., (víctima) como sujeto procesal no recurrente.

3.3.2.1. En el caso de Mónica María Muñoz Pérez, argumentó que la reclusión no genera una situación de abandono para la hija de la sentenciada, ya que había otros miembros del grupo familiar que podían proveer por los cuidados necesarios de la menor de edad y satisfacer sus necesidades básicas.

Exteriorizó que no solo bastaba con alegar que se era madre cabeza de familia sino también que era necesario evaluar el grado de desprotección de la menor de edad, y desde el análisis en conjunto realizado por el Despacho se pudo establecer que no se está en ausencia de otra figura paterna o familiar encargada de la protección de la niña, pues se indica que la menor convive con más personas, además, está próxima a cumplir su mayoría de edad.

En el discurso de la defensa se indicó que no se contaba con ningún otro familiar que se pudiera hacer cargo de la menor, situación que no fue soportada.

Solicitó se mantuviera la decisión adoptada en primera instancia.

3.3.2.2. En cuanto a Alba Marina Hincapié Arroyave, refirió que el Despacho no incurrió en ningún tipo de error de interpretación, valoración probatoria o desconoció el estado actual de salud de la procesada, pues si bien en el informe pericial se dice que esta tiene una condición médica específica no se indica que la atención médica o cuidados que requiere no puedan ser atendidos intramuralmente.

Afirmó que el Estado y los centros de reclusión tienen la obligación de garantizar las condiciones de salud y los tratamientos que requiera la señora Alba marina Hincapié Arroyave, velando porque su estado de salud no recaiga.

Resaltó que la judicatura no desconoció el informe aportado por la defensa, sino que hizo un análisis en conjunto con el otro dictamen allegado y en estos se indica que la sentenciada está bajo tratamiento médico, que tiene un

menoscabo en su salud, pero no se dice que tenga un estado grave por enfermedad. Lo que requiere la señora Alba Marina Hincapié Arroyave es manejo adecuado para que su condición de salud no se vea afectada.

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 2004¹.

4.1. Problema jurídico.

En primer lugar, se establecerá si le asiste derecho a Mónica María Muñoz Pérez, condenada por los delitos de concierto para delinquir y hurto calificado y agravado, a la reclusión domiciliaria por madre cabeza de familia; y, en segundo lugar, se determinará si a Alba Marina Hincapié Arroyave, condenada por los mismos delitos, se le debe conceder la prisión domiciliaria por enfermedad grave.

4.2. Valoración y solución del problema jurídico.

4.2.1. A efectos de resolver el primer problema jurídico, referente a si Mónica María Muñoz Pérez, condenada por los delitos de concierto para delinquir y hurto calificado y agravado le asiste el derecho a la reclusión domiciliaria por madre cabeza de familia, advierte esta Sala de entrada que surge evidente que a favor de la sentenciada no opera las circunstancias necesarias para hacerla merecedora de este sustituto, en virtud de la Ley 750 de 2002, que en su artículo 1° dispuso la posibilidad de cumplir la condena en el domicilio del sentenciado, previendo:

“(…) 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

¹ 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).

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.”

Así mismo el numeral 5º del artículo 314 de la Ley 906 de 2004, exige como requisito que el procesado o procesada sea padre o madre cabeza de familia de hijo menor o que sufra incapacidad permanente, siempre y cuando haya estado bajo su cuidado. En otras palabras, la posibilidad de acceder a la prisión domiciliaria como padre o madre cabeza de familia a partir de las disposiciones más benignas que regulan la materia está supeditada entonces a que se demuestre dentro del proceso que se tiene la condición de “cabeza de familia”.

Por su parte, el inciso segundo del artículo 2º de la Ley 82 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 1232 de 2008 define que:

“(…) Artículo 2º. Jefatura femenina de hogar. Para los efectos de la presente ley, la Jefatura Femenina de Hogar, es una categoría social de los hogares, derivada de los cambios sociodemográficos, económicos, culturales y de las relaciones de género que se han producido en la estructura familiar, en las subjetividades, representaciones e identidades de las mujeres que redefinen su posición y condición en los procesos de reproducción y producción social, que es objeto de políticas públicas en las que participan instituciones estatales, privadas y sectores de la sociedad civil.

En concordancia con lo anterior, es Mujer Cabeza de Familia, quien, siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.

Parágrafo. La condición de Mujer Cabeza de Familia y la cesación de la misma, desde el momento en que ocurra el respectivo evento, deberá ser declarada ante notario por cada una de ellas, expresando las circunstancias básicas del respectivo caso y sin que por este concepto se causen emolumentos notariales a su cargo.”

La Corte Constitucional en sentencia SU-388 de 2005, estableció como presupuestos indispensables para tener la condición de “cabeza de familia” los siguientes:

(i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no solo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquella se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o, como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar.

Así pues, la mera circunstancia del desempleo y la vacancia temporal de la pareja, o su ausencia transitoria, por prolongada y desafortunada que resulte, no constituyen elementos a partir de los cuales pueda predicarse que una madre tiene la responsabilidad exclusiva del hogar en su condición de madre cabeza de familia”.

La misma Corporación en sentencias C-184 y 964 de 2003 extendió ese derecho a los hombres que se encuentren en igual situación de hecho que una mujer cabeza de familia.

Dicho lo anterior, lo que se debía acreditar en punto de probar que la procesada contaba con esa condición, era que Mónica María Muñoz Pérez, era la única persona que podía ocuparse de su hija menor de edad, en el entendido de que es a ella, a la menor, a quien se procura la protección a través del sustituto penal; advirtiendo que esta condición no opera *ipso facto* por el solo hecho de tener hijos menores de edad.

Así las cosas, se demostró que en efecto Mónica María Muñoz Pérez, para el momento de la sentencia proferida en su contra, tenía una hija menor de edad, y que de acuerdo a la certificación expedida por la Alcaldía de Medellín, el padre de la niña se encontraba en la base de datos del sistema de habitante de calle, con fecha de ingreso de 21 de enero de 2003, pero esta constancia solo habla del ingreso a una base de datos, sin que de ella se pueda determinar con claridad que en la actualidad, el señor Marlon Vásquez Roldan – padre de la niña- transcurridos 21 años y luego del nacimiento de su hija se encuentre aun en situación de calle.

Pero más allá de que el padre de la menor pueda hacerse o no cargo de ella, no se acreditó que esta no contara con familia materna o paterna que pudiera estar con la niña mientras su madre purga la pena impuesta en centro

carcelario, nada se indicó respecto a la situación de abandono y desprotección en que eventualmente quedaría la hija menor de edad de Mónica María Muñoz Pérez, pues lo único que en el recurso de alzada se afirma al respecto es que la sentenciada no recibía ayuda de ningún miembro de su familia y que la única persona que le ayudaba con el cuidado de su hija era su madre, quien había fallecido en septiembre de 2017. De tal afirmación queda claro que la menor si cuenta con otras personas dentro de su grupo familiar y que si bien solo su abuela en vida ayudó a su cuidado, eso no quiere decir que los demás miembros de su hogar no lo puedan hacer en este momento.

Los demás elementos de prueba dan cuenta de que la acusada paga servicios públicos y que, para el señor Oscar Mauricio Muñoz Hincapié es vista como una persona que no molesta a ningún vecino y que lucha por sacar sus hijas adelante. Y si bien en este punto se debe precisar que erró la juez de instancia al suponer que el declarante al tener los mismos apellidos y nomenclatura de la sentenciada era familiar, en cuanto a la declaración por este rendida se resalta que constituye, a lo sumo, prueba sumaria no controvertida, y su contenido no aporta elementos de valoración sobre la razón de lo plasmado², pero si en gracia de discusión se atendiera lo allí referido, tampoco se logra obtener de ello información suficiente, pues su contenido es sumamente precario, ya que solo se menciona que la señora Mónica es quien tiene los cuidados personales de sus hijas menores y que lucha por sacarlas adelante.

En cuanto a lo manifestado por la defensa de la señora Mónica relacionado a que esta era la única que podía “manejar” a su hija y las malas amistades que había tenido el último año la menor, dándole miedo que esta se volviera drogadicta por el antecedente de su padre, es un argumento que pretende desviar la atención frente a lo que realmente debe analizar para este caso concreto, pues de tener por cierto que la niña se puede convertir en drogadicta solo por los antecedentes de su padre, sería tanto como decir que si la menor esta con su madre también podría seguir el camino delictivo por el cual se le condenó.

² CSJ Sala de Casación Penal, Sentencia del 2 de abril de 2014 con Radicado 40921, MP. José Luis Barceló Camacho.

Es deber y obligación de quien solicita el reconocimiento de la condición de cabeza de familia acreditar el estado de desprotección en que quedarían los menores por cuenta de los que se solicita la concesión de esta figura –pues no está establecida en favor de los condenados sino de los menores-, sin embargo en este caso la Defensa nada menciona frente a tan importante aspecto y dentro de los planteamientos esbozados nada se menciona respecto de los familiares cercanos de la acusada, mismos que como tal, tendrían la obligación de cuidar y velar de manera integral por la hija menor de esta, no solo con ocasión a la privación de la libertad de las madres, sino en todo el tiempo que dure la condición incapaz.

El Código Civil en su artículo 253 dispone: “(...) **CRIANZA Y EDUCACIÓN DE LOS HIJOS.** Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos”. Así mismo, los artículos 14, 23 y 24 de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia, prevén:

“(...) Artículo 14. La responsabilidad parental. La responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es, además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos. En ningún caso el ejercicio de la responsabilidad parental puede conllevar violencia física, psicológica o actos que impidan el ejercicio de sus derechos

Artículo 23. Custodia y cuidado personal. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. La obligación de cuidado personal se extiende además a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales.

Artículo 24. Derecho a los alimentos. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a los alimentos y demás medios para su desarrollo físico, psicológico, espiritual, moral, cultural y social, de acuerdo con la capacidad económica del alimentante. Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación o instrucción y, en general, todo lo que es necesario para el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes. Los alimentos comprenden la obligación de proporcionar a la madre los gastos de embarazo y parto.”

En este contexto bien vale se recordar que la figura no fue concebida para beneficio de los que infringen la ley, sino para la protección de los niños que quedan desamparados en términos absolutos cuando su padre o madre están privados de la libertad. Los Jueces de la República están en el deber de verificar que el interés superior del niño en cuyo favor se invoca la institución, efectivamente se afecte, pues de lo contrario se estaría patrocinando prácticas deleznable como la cosificación del infante en beneficio del condenado.

En sentencia del 15 de junio de 2016 con Radicado 47666³, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, anotó:

“(…) En efecto, la detención domiciliaria, bajo el entendido de que se está ante quien ejerce como cabeza de familia (sea la madre o el padre), de que trata la Ley 750 del 2002, debe entenderse en los términos del artículo 2º de la Ley 82 de 1993, modificado por la ley 1232 de 2008, esto es, que tiene a su cargo hijos menores de edad o discapacitados cuyo cuidado integral (protección, educación, afecto, educación, orientación, etc.) depende económica y exclusivamente de ella.

La concesión del sustituto parte del supuesto necesario de que, previo a su detención, se demuestre que el procesado, él solo, sin apoyo alguno, estaba al cuidado de sus hijos, de tal manera que la privación de la libertad trajo como consecuencia el abandono, la exposición y el riesgo inminente para aquellos.” (Negrillas fuera de texto)

Así pues, esta menor debe ser asistida moral y económicamente por sus familiares cercanos; siendo imperioso resaltar que el Código Civil en su artículo 260 dispone que: *“La obligación de alimentar y educar al hijo que carece de bienes, pasa, por la falta o insuficiencia de los padres, a los abuelos por una y otra línea conjuntamente (...)”*. En síntesis, conforme a la evidencia e información con que se cuenta, no se probó en modo alguno que la menor hija de la sentenciada esté moral y económicamente en condición de abandono o desprotegida por ausencia absoluta de familiares cercanos que puedan asumir la carga que les corresponde, mientras esta descuenta la pena en establecimiento penitenciario.

En atención a lo expuesto, y con los elementos que se cuenta, consideramos que, frente a este punto, la decisión impugnada no merece ningún reproche.

³ Con ponencia del magistrado José Luis Barceló Camacho.

4.2.2. En cuanto al segundo problema jurídico, esto es, si a Alba Marina Hincapié Arroyave, condenada por los delitos de concierto para delinquir y hurto calificado y agravado, se le debe conceder la prisión domiciliaria por enfermedad grave, debe hacerse referencia a lo consagrado en el artículo 68 del Código Penal, el cual 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 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 caso es necesario que la conclusión apunte inequívocamente a la imposibilidad de cumplimiento de la pena o medida en reclusión formal⁴.

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 razonable⁵, cumpla razonablemente con sus funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado⁶, que por tal condición constituye

⁴ Véase, entre otras, providencias como la AP1927-2017, del 22 de marzo de 2017, Radicado 49685.

⁵ Conforme al artículo 3° del Código Penal.

⁶ Previstos en el artículo 4° *ibídem*.

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 evaluar⁷ i) Que la enfermedad sea tan grave que resulte incompatible con la reclusión formal, lo cual implica que no se trata de 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 (particular⁸ 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 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

⁷ 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.

⁸ En virtud a la Sentencia C-163 de 2019.

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 deban inaplicarse 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 delinquiendo.

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 especial⁹, 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.

⁹ En procura de evitar la reincidencia del penado, lo que, a su vez en teoría, va de la mano con la reinserción social.

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 delinquir.

4.2.2.1. Ahora bien, en el *sub judice*, en virtud a la imputación y acusación realizada a Alba Marina Hincapié Arroyave, Fiscalía y defensa presentaron un preacuerdo por virtud del cual esta aceptaba el cargo por el que fue acusada, a saber, concierto para delinquir y hurto calificado y agravado, a cambio de que se le diera el tratamiento de cómplice a efectos de la imposición de la pena, pactándose la misma en 24 meses de prisión por el delito de concierto para delinquir y por el hurto un mes por cada evento, que en su caso fueron 5, para un total de 29 meses de prisión.

Se aportó por la defensa, a efectos de soportar su solicitud de sustitución de prisión intramural por domiciliaria en favor de Alba Marina Hincapié Arroyave, un dictamen de médico particular realizado el 10 de noviembre de 2022, en el que el doctor Edgardo Miranda Carmona anota que la procesada padece de patologías no curables sino controlables, las que enlista de la siguiente manera: i) hipertensión arterial esencial; ii) artritis reumatoidea activa; iii) artrosis de columna lumbo sacra vi) trombosis venos profunda (1 Episodio); v) Inmunosupresión por METOTREXATE; vi) Obesidad grado II (38,27 de imc); vii) escala de BARTHEL modificada de 55 puntos (dependencia moderada); viii) Depresión bajo tratamiento psiquiátrico.

Señaló además que la Señora Alba Marina Hincapié era una paciente conocida por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses en un informe de 1 año y 3 meses atrás, quien en virtud de la revisión que se le realizaba en esa nueva oportunidad sus patologías habían evolucionado a un compromiso mayor de su movilidad y dependencia de otras personas, presentaba de base una artritis reumatoide de difícil tratamiento, la cual comprometía más de 20 articulaciones con compromiso inflamatorio activo, limitación para la deambulaci3n aun en el interior de su casa, aunado a una

artropatía de columna lumbar con colapso de L1, obesidad severa grado II, la que disminuye aún más su movilidad por dolor, tratamiento inmunosupresor con Metotrexate con infecciones graves del sistema nervioso central y de área pulmonar no activas en el momento, síndrome depresivo en tratamiento por psiquiatría y clínica del dolor, además de ser hipertensa en manejo médico.

Indicó que conforme a la historia clínica allegada y la experticia pasada realizada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses se concluía que la paciente padecía una serie de enfermedades que disminuía en un factor importante su independencia física Barthel de 55 y aumenta su estado depresivo, dependiendo completamente de los manejos médicos (múltiples medicamentos).

En cuanto a su opinión pericial reitera que las condiciones clínicas actuales de la paciente y debido a sus enfermedades de base, han implicado un menoscabo en su salud con relación al informe anterior realizado por el Instituto Nacional de medicina Legal y Ciencias Forenses a pesar de las condiciones actuales en libertad, teniendo en cuenta que la paciente recibe Metotrexato como tratamiento inmunosupresor y los principales efectos adversos de este son la mielosupresion, insuficiencia renal, mucositis y alteraciones neurológicas, por lo que era de vital importancia que el manejo por intoxicación de esta droga fuera rápido y adecuado, ya que una acción a tiempo podía revertir el daño y salvar la vida de la paciente. Adicional a ello, refiere que la señora Alba Marina Hincapié necesitaba un acompañante para sus necesidades diarias y no tenerlo colocaría en riesgo su desenvolvimiento en condiciones dignas, sobre todo en un sitio con mayor restricción de prestación de servicios médicos, de movilidad y acompañamiento familiar.

En este dictamen cuando se hace la relación de la historia clínica aportada se transcribe un dictamen del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses realizado el 5 de junio de 2021, en el que se indica:

“Antecedentes medico legales: primera vez que consulta a medicina legal. Sociales: natural y residente en Medellín, 48 años, soltera, dos hijos, bachiller, trabajadora independiente. Familiares: no relata. Hospitalarios: apendicitis, psiquiátricos: depresión y tomo fluoexitina ordenada por psiquiatría. Toxicológicos: no relata. Motivo de la

peritación: Nombre completo: Alba Marina Hincapié Arroyave. Numero de documento: 43558909 de Medellín. Sexo: femenino. Edad: 51 años, lugar de nacimiento: Medellín. Procedencia: Villahermosa. Estado civil: Soltera. Ocupación o profesión: Cocina en la casa. Situación jurídica: indiciada. Se recibió oficio petitorio de la procuraduría judicial 140 II penal, que solicita sus condiciones de salud actuales. Si padece una enfermedad grave, si sus condiciones de salud son o no compatibles con reclusión en establecimiento carcelario. Motivo de consulta: sufre obesidad mórbida, en espera de valoración por nutricionista para inicio de dieta en el momento no hago dieta. Sufro de artrosis hace 5 años, tomo sinalgen 3 diaria, ordenado por medio del dolor y osteoporosis desde hace 5 años en el momento sin tratamiento, artritis degenerativa y me vio atención por reumatología, me ordenaron prednisolona 15 mg día. Tengo vasculitis tratada con sulfasalzina 1 am y 2 pm, flebitis sin tratamiento, hipertensión arterial tratada con losartan. Tengo diagnóstico de depresión desde hace 5 años en tratamiento con duloxetine 60 mg cada 12 horas, y tomo trazadone para dormir, hace 15 días estuve en consulta con reumatología en Sura, “tengo dolor en todo el cuerpo”. EA: refiere varias patologías, obesidad mórbida, que tiene pendiente evaluación por nutricionista, refiere artrosis de rodillas, artritis degenerativa dice que en tratamiento con metotrexate, vasculitis, flebitis por la cual está en tratamiento con reumatología, refiere hipertensión arterial crónica que se trata con Losartan, además de depresión y trastorno de ansiedad generalizada que es muy evidente. Dice que viene en libertad condicional, pero no ha sido condenada, se le explica que esta indiciada.”

Al realizarle la valoración de rigor, el médico legista dijo:

“Examen médico legal: datos antropométricos: peso: 90 kg talla: 154 cm. SV: PA: 130/100. FC 88, FR 18. Aspecto general: ansioso. Dice que si va a la cárcel ella se va a morir. Ocasionales sibilancias inspiratorias. Descripción de hallazgos: Examen mental: paciente consciente, orientada, porte adecuado, colaboradora, niega alteraciones del pensamiento, no se perciben alteraciones de lenguaje, juicio y raciocinio conservados. Se percibe ansiosa, refiere que si se va a la cárcel se va a morir por la angustia generada por el encarcelamiento Neurológicos: sin déficit sensitivo, reflejos osteotendinosos conservados. Órganos de los sentidos: sin alteraciones. Cavidad oral: sin alteraciones. ORL. Sin alteraciones. Tórax: sin alteraciones. Abdomen: panículo adiposo aumentado, perímetro abdominal 118 cm que no permite la palpación de vísceras abdominales. Genital: no evaluado. Espalda: sin alteraciones. Miembros superiores: no presenta hoy enrojecimiento articular de dedos de las manos. Miembros inferiores: Hallux Valgus deforme de ambos pies con deformidad de los dedos de ambos pies que impide la adecuada deambulación y cojea. Edema de miembros inferiores lipodistrofia en muslos en cadera en abdomen, moteado venoso café en miembros inferiores en ambas piernas. Desviación hacia primer artrejos en los dedos segundo y tercero de ambos pies que limita el apoyo de ambos pies”

El profesional anotó:

“Diagnostico e impresión diagnóstica: artritis reumatoide seropositiva, hipertensión arterial, vasculitis reumatoide 4 dedo izquierdo, osteoporosis post menopáusica con fractura de L1, depresión, fibromialgia. Obesidad mórbida. **Discusión:** se trata de mujer de 51 años, con Dx mencionados quien presenta dolor articular crónico, de difícil manejo, en el momento con prednisolona, con diagnósticos de hipertensión arterial crónica controlada, llama la atención la obesidad mórbida en el paciente, que empeora el dolor articular, y por lo cual se sugiere la valoración por nutrición y dietética y la evaluación multidisciplinaria para una posible cirugía donde se pueda lograr la disminución del peso corporal.”

En el aparte de conclusiones establece:

“Conclusión: en el momento del examen, Alba Marina Hincapié Arroyave presenta artritis reumatoide, hipertensión arterial, dolor crónico, artrosis, depresión, ansiedad generalizada, Depresión fibromialgia, obesidad mórbida, los cuales en sus actuales condiciones NO fundamentan un estado grave por enfermedad. Requiere continuar el tratamiento ordenado por el médico tratante, y requiere control médico y por nutrición y dietética, que puede realizarse de manera ambulatoria con la periodicidad que determine el médico tratante. Debe solicitarse una nueva evaluación médico legal en seis meses o en cualquier momento que si se produce algún cambio en sus condiciones de salud. Al momento del examen si no se suministra la atención, tratamiento y cuidados requeridos se pone en riesgo la salud, la integridad y la vida de la persona examinada. Al momento del examen No existe necesidad de manejo intrahospitalario urgente con fines diagnósticos o terapéuticos. No hay en el momento del examen existencia de enfermedades concomitantes que produzcan riesgo de complicaciones teniendo en cuenta las condiciones adecuadas de entorno. Al momento del examen no hay riesgo de infección o contagio para otras personas privadas de la libertad. No hay compromiso importante de la autonomía funcional, se aplicó Escala de Barthel con resultado 85 dependencia leve. Las autoridades judiciales y penitenciarias son responsables de coordinar lo pertinente para la realización oportuna de las pruebas paraclínicas, tratamiento, dietas, o consultas especializadas requeridas por el examinado y sugerida por el perito. Firmado por: Viviana López Castro. Profesional especializado forense.”

Pues bien, tras la revisión detallada de la documentación aportada y luego de una transliteración in extenso de los conceptos médicos, en aras de una mayor claridad, para esta Sala no existe duda alguna respecto a las patologías que padece Alba Marina Hincapié Arroyave; es claro que tiene hipertensión arterial, depresión, obesidad grado II, artrosis con colapso vertebral en L1 y artritis reumatoidea la cual es tratada con el medicamento Metrotrexate, el que según lo manifestado en la última entrevista médico forense toma hace 20 años

Y es la ingesta de este medicamento uno de los factores relevantes por los que el censor considere se debe conceder la prisión domiciliaria a Alba Marina Hincapié Arroyave, pues afirma que sus principales efectos adversos son la mielosupresión, insuficiencia renal, mucositis y alteraciones neurológicas; sin embargo, de los dictámenes allegados solo se puede extraer que la sentenciada ha tenido como efectos secundarios del fármaco por los más de 20 años que lo ha consumido, infecciones graves del sistema nervioso central y del área pulmonar, aclarándose que ninguna de estas se encontraban activas en el momento.

También refirió el apelante que el manejo por intoxicación con Metrotrexate debía ser rápido y adecuado, pues una acción a tiempo podía revestir los daños que se podían ocasionar en caso de que ello ocurriera, lo cual no se podía garantizar en un centro penitenciario, pues no era un secreto los problemas de infraestructura y hacinamiento que estos atravesaban. Al respecto considera la Sala que si bien no puede desconocerse la situación que presentan las cárceles del país, no existe un elemento de juicio concreto que permita colegir que el INPEC no esté en capacidad de atender a una persona en las condiciones que presenta la accionada, y dar por hecho que estos no van a garantizarle a la ciudadana los requerimientos que tenga en materia de salud, sería presumir la mala fe de la institución.

Es cierto que las condiciones de hacinamiento de la mayoría de centros carcelarios del país han 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.

Otro de los aspectos alegados por el censor es que el estado de salud de Alba Marina se había deteriorado, prueba de ello era el resultado de la aplicación del protocolo de Barthel de 55 puntos, catalogado como dependencia moderada, al respecto no desconoce la Magistratura que las enfermedades que padece la sentenciada han disminuido su independencia, pues así se dejó sentado en el último dictamen, pero ello no es óbice para que pueda purgar su condena en establecimiento carcelario, ya que su dependencia es apenas

moderada y los esfuerzos o desplazamientos que allí tiene que realizar son mínimos.

Ahora, no se trata de que la Juez de primera instancia haya preferido el concepto de perito forense que indicaba que no se presentaba una grave enfermedad, pese a que fuera anterior, pues lo cierto es que de ninguno de los elementos de persuasión aportados -incluido los 2 dictámenes uno de perito oficial y otro de particular- revelan que las patologías sufridas por Alba Marina Hincapié Arroyave resulten incompatibles 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.

Y es que si bien se trata de patologías que pueden hacer más difícil la situación de prisión intramural en atención a que debe estarse suministrando medicamentos y a la movilidad reducida que presenta la señora Alba Marina, de la lectura de los documentos aportados, no puede extraerse que las mismas resulten incompatibles con dicha modalidad de pena, bajo el entendido que en sí mismas no van a poner en peligro su vida o su salud, como que tampoco, a su vez, la prisión domiciliaria vaya a mejorar la situación de la encartada, o por lo menos eso no está demostrado dentro del expediente.

Se resalta además que, según lo indicado por la ciudadana en la entrevista médico forense, esta ha vivido por un tiempo extenso con dichas patologías, sin que se desprenda que ha requerido un tratamiento diferencial en ninguna de las esferas de su vida, no siendo de recibo que se busque ahora que sí se aplique a efectos de evadir en cierto modo, las consecuencias de su reprochable actuar.

Aunado a lo anterior, también resulta preciso acotar, conforme se analizó en precedencia, que en este caso se trata de una conducta bastante grave y reprochables que no pueden obviarse y que atentaron contra varios bienes jurídicos, y es que la señora Alba Marina Hincapié Arroyave se concertó para hurtar en establecimientos de comercio de manera permanente desde el año 2015, siéndole imputado un total de 6 eventos de hurto, lo cual da cuenta de que es un peligro para la comunidad.

Es así como, se itera, atendiendo a los dictámenes de Medicina Legal y las situaciones fácticas presentadas por la Fiscalía, considera esta Sala que Alba Marina Hincapié Arroyave no es merecedora de la prisión domiciliaria por enfermedad grave, ya que las patologías padecidas si bien se han agravado, las ha estado padeciendo durante muchos años las que ni siquiera le impidieron delinquir de la forma en que lo hizo.

Otorgarle el beneficio de una medida menos restrictiva envía un mensaje terriblemente equivocado a una sociedad que reclama que conductas reprochables como la del *sub judice* no queden en la impunidad ni sean premiadas con beneficios como el deprecado, máxime que no se trata de una enfermedad que revista una gravedad tal como para enviar a Alba Marina Hincapié Arroyave a que purgue los 29 meses de prisión que preacordó, en detención domiciliaria. Con este pronunciamiento, lo que procura esta Sala es evitar que este tipo de situaciones y percances en la salud sean utilizados como una especie de patente de corso que impida la aplicación del merecido y necesario reproche penal, en eventos en que las patologías alegadas, y en este caso preexistentes, no sirvieron de disuasor para la comisión de la conducta punible, que sin lugar a dudas deben calificarse como sumamente grave.

No obstante, lo anterior, es importante advertir que si en algún momento el estado de salud de la sentenciada evoluciona negativamente y lleva a que el médico legista lo considere incompatible con la reclusión, esta puede realizar la respectiva solicitud ante el Despacho de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad que le 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 Alba Marina Hincapié Arroyave.

Como no se observa dentro del expediente digital enviado por el Despacho de primera instancia, que se hubiese expedido la orden de captura, se ordenará

la remisión del expediente al Juzgado de primera instancia para que, de ser preciso, hagan lo correspondiente.

Con fundamento en lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN PENAL** del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la decisión proferida el 28 de noviembre de 2022 por la Juez Veintidós Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Medellín, por medio de la cual condenó a **Mónica María Muñoz Pérez y Alba Marina Hincapié Arroyave** a 33 y 29 meses de prisión, respectivamente, al hallarlas penalmente responsables de las conductas punibles de concierto para delinquir simple y hurto calificado y agravado; y se les negó la prisión domiciliaria por madre cabeza de familia a la primera y enfermedad grave a la segunda, como sustitutiva de la prisión intramuros. Se ordena la remisión del expediente al Juzgado de primera instancia para que, de ser preciso, procedan con la expedición de la orden de captura.

Esta providencia se notifica en estrados. Contra ella procede casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
Magistrado

NELSON SARAY BOTERO
Magistrado

HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA
Magistrado

Firmado Por:

Jose Ignacio Sanchez Calle
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 014 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Hender Augusto Andrade Becerra
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Nelson Saray Botero
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **c0a4adea0fae48248c7f4e9c433a5954f922a3d699940d10f5820049d57c9c62**

Documento generado en 26/06/2024 10:04:04 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>