



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrada Ponente
PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

SP1251-2020

Radicación N° 55.614

(Aprobado Acta N° 120)

Bogotá D.C., diez (10) de junio de dos mil veinte (2020)

VISTOS

Realizada la audiencia de sustentación del art. 184 inc. 4° de la Ley 906 de 2004 (en adelante C.P.P.), la Corte resuelve el recurso de casación interpuesto por la defensora contra la sentencia del 27 de marzo de 2019, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Buga.

I. HECHOS

De acuerdo con la sentencia de segunda instancia, en marzo de 2017, en la administración de Carlos Andrés

Londoño Zabala, Alcalde de Cartago (Valle del Cauca) en el período 2016-2019, se conformó un grupo de personas - servidores públicos y particulares- con vocación de permanencia en el tiempo, al que perteneció CLAUDIA PATRICIA MEDINA GAMBA, Directora Técnica de la Dirección de Procesos Contractuales de ese municipio, con la finalidad de cometer ilícitos relacionados con corrupción administrativa.

En el marco de dicha empresa criminal, ejerciendo las funciones propias de su cargo en la Alcaldía, la señora GAMBA MEDINA ejecutó múltiples conductas lesivas del correcto funcionamiento de la administración pública, entre ellas:

1.1. Previo acuerdo con JUAN PABLO GONZÁLEZ MARÍN y JAVIER ANDRÉS LÓPEZ NOGUERA, intermediarios entre la administración municipal y posibles contratistas, junto a su colega JESSICA DUQUE CATAÑO¹ se interesó y favoreció indebidamente a terceros para beneficiarlos en i) la contratación del Programa de Alimentación Escolar del municipio de Cartago, la cual fue posteriormente adjudicada a la Unión Temporal UT Alimentos Valle 2017, representada legalmente por ZUNILDE PALACIOS CÓRDOBA; ii) el contrato de interventoría integral técnica, administrativa, jurídica y financiera a la concesión N° 001 de 2015² y iii) el proceso de selección de mínima cuantía PSMC-030 de 2017, celebrado para la elaboración del estudio técnico de los costos del sector de transporte público municipal.

¹ Quien fue contratada por el Alcalde Carlos Andrés Londoño Zabala, para que prestara sus servicios profesionales de asesoría en formulación de proyectos de inversión a la Secretaría de Planeación Desarrollo y Medio Ambiente de Cartago

² Suscrito entre el Instituto de Tránsito y Transporte de Cartago y la sociedad Servicios Integrados Especializados de Tránsito y Transporte S.A.S. (SIETT CARTAGO S.A.S.).

Lo anterior, con violación de los principios de transparencia y selección objetiva que rigen la contratación administrativa, pues haciendo prevalecer intereses particulares, gestionó y direccionó la celebración de los convenios con contratistas previamente determinados, sin dar cabal cumplimiento a lo dispuesto en la normatividad aplicable a cada contrato, en punto de los requisitos esenciales propios de la fase de tramitación.

1.2. Con la señora DUQUE CATAÑO, encargada de estructurar proyectos en la Alcaldía de Cartago, recibió dinero de JUAN PABLO GONZÁLEZ MARÍN y JAVIER ANDRÉS LÓPEZ NOGUERA, en favor de JESUSITA ZABALA DE LONDOÑO (madre del alcalde y Gestora Social del municipio de Cartago), para ejecutar un acto contrario a sus deberes, esto es, favorecer los intereses de determinados contratistas en los procesos contractuales de interventoría de tránsito y transporte, así como en el Programa de Alimentación Escolar y el proceso adelantado para la elaboración del estudio técnico de los costos de la cartera de transporte público.

1.3. Tramitó el contrato de mínima cuantía PSCM-030 de 2017 con la empresa Induseñales S.A.S., pese a que la misma no contaba con capacidad para celebrar dicho contrato, en tanto que su objeto social no la calificaba para las labores a desarrollar. En su condición de abogada y asesora en el tema, no verificó los requisitos legales esenciales para la selección del contratista, quebrantando con ello los principios de transparencia y selección objetiva.

II. ANTECEDENTES PROCESALES PERTINENTES

Con fundamento en los referidos hechos, el 17 de agosto de 2017, ante el Juzgado 4° Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Buga, la Fiscalía formuló imputación a CLAUDIA PATRICIA MEDINA GAMBA como posible coautora de interés indebido en la celebración de contratos - en concurso real homogéneo- y, a su vez, en concurso material heterogéneo con cohecho propio, contrato sin cumplimiento de requisitos legales y concierto para delinquir (arts. 31 inc. 1°, 408, 405, 410 y 340 inc. 1° del C.P.). La imputada no aceptó los cargos y fue detenida preventivamente.

El 12 de diciembre de 2017, el fiscal y la procesada llegaron a un preacuerdo. A cambio de la aceptación de cargos, se pactó el reconocimiento de una rebaja punitiva del 50%. Dicha manifestación de culpabilidad preacordada fue verificada y aprobada por el Juzgado 2° Penal del Circuito de Cartago en audiencia del 21 de agosto de 2018, en cuyo marco se efectuó el traslado del art. 447 del C.P.P.

Mediante sentencia del 11 de septiembre de 2018, el juez declaró a la señora MEDINA GAMBA responsable de los delitos que le fueron imputados y, en consecuencia, la condenó a las penas de 73 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, junto a multa de 50 s.m.l.m., según lo preacordado. Por otra parte, concedió a la sentenciada la prisión domiciliaria -con permiso para trabajar- en condición de mujer cabeza de familia.

En respuesta al recurso de apelación interpuesto por el agente del Ministerio Público, mediante la sentencia ya referida el Tribunal Superior de Buga revocó parcialmente el fallo impugnado. En su lugar, negó la prisión domiciliaria.

Dentro del término legal, la defensora interpuso el recurso extraordinario de casación y allegó la respectiva demanda, cuya admisión dispuso la Corte por medio de auto del 26 de noviembre de 2019. En sesión del 4 de febrero de 2020 se celebró la audiencia de sustentación del recurso de casación, donde participaron el Fiscal 1° delegado ante la Corte, el Procurador 2° para la Casación Penal y la recurrente.

III. DEMANDA DE CASACIÓN Y SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

3.1.1. En primer lugar, la censora denuncia la violación del debido proceso, a causa del “*desconocimiento*” o “*falta de lectura*” de las pruebas aportadas por la defensa, en el marco del traslado del art. 447 *idem*³. Con dichas pruebas, asevera, se demuestra la *discapacidad* de la compañera permanente de la sentenciada, así como el vínculo familiar existente entre aquéllas.

El tribunal, agrega, revocó la prisión domiciliaria circunscribiéndose a lo expuesto por el agente del Ministerio Público, sin que, al tenor del inc. 2° de la norma en mención, hubiera ampliado la información sobre la enfermedad con “la

³ Declaraciones extra-proceso, informe de visita socio familiar, conceptos de médicos legistas y ocupacionales, oferta de contrato laboral a la procesada, historia clínica y cartilla biográfica de Blanca Luz Restrepo Giraldo.

designación de un experto”, a fin de aplicar un “adecuado raciocinio probatorio”.

A dichos errores, prosigue, ha de sumarse que el *ad quem* hizo un “análisis burdo y deleznable” del informe pericial rendido por el médico legista, “limitándose únicamente a lo concluido por éste”, recalcando que la señora Restrepo Giraldo presenta una dependencia leve y, tan sólo en los momentos de crisis, tendría una gran limitación para sus actividades cotidianas.

En ese sentido, destaca, el tribunal pasa por alto que la patología padecida por la compañera de la procesada es de carácter degenerativo, con cuadro de “*evolución negativa*” y es tratada paliativamente.

De otro lado, enfatiza, el *ad quem* también desatendió que la acusada no produjo detrimento al patrimonio público, como quiera que el dinero recibido por JESUSITA ZABALA DE LONDOÑO fue restituido. Además, soslaya que el INPEC certificó la buena conducta de CLAUDIA PATRICIA MEDINA durante su reclusión y que, en la cárcel, aquélla ha participado de programas de formación laboral.

3.1.2. Por otra parte, la censora reprocha al tribunal por haber inaplicado el enfoque diferencial de que trata el art. 3° de la Ley 1709 de 2014, a la hora de evaluar los requisitos de la sustitución de la prisión en calidad de mujer cabeza de familia.

De esa manera, sostiene, se vulneran garantías fundamentales en cabeza de la compañera permanente de la

sentenciada, como la integridad de quien padece incapacidad física permanente -con desconocimiento del principio de solidaridad que rige las uniones maritales-, la igualdad ante la ley de las parejas del mismo sexo y los derechos a la asistencia alimentaria, al mínimo vital, a la vida digna y al libre desarrollo de la personalidad, así como la protección reforzada a la mujer cabeza de hogar.

Sobre este último particular, destaca, se desconoce que la sentenciada convive con su compañera desde hace 10 años, así como que es la señora MEDINA GAMBA la que provee el sustento del hogar y ha prodigado cuidados afectivos a su compañera, en su situación de enfermedad.

Enfatiza que la prisión domiciliaria para la mujer cabeza de familia, en los términos de la Ley 750 de 2002, se fundamenta en la protección prevalente de quienes padecen incapacidad y discapacidad, referentes a partir de los cuales, afirma, CLAUDIA MEDINA ostenta la calidad de cabeza de hogar, a la luz del art. 2° de la Ley 82 de 1993.

3.1.3. Con fundamento en esos argumentos, solicita que se “*anule*” la sentencia de segundo grado por haberse violado el art. 447 inc. 2° del C.P.P., “*por error de hecho proveniente de falso raciocinio en la valoración de las pruebas, así como de la no apreciación de las demás incorporadas*”. De negarse tal pretensión, subsidiariamente demanda que se case la sentencia y, mediante fallo de reemplazo, se “*reviva la legalidad, vigencia y cumplimiento*” de la prisión domiciliaria concedida por el *a quo*.

3.1.4. Las anteriores peticiones fueron reiteradas en la

audiencia de sustentación del recurso de casación, en cuyo marco la impugnante se ratificó en los argumentos constitutivos de los cargos formulados contra la sentencia de segunda instancia.

3.2. A su turno, el fiscal solicitó a la Corte que no casara el fallo impugnado. Tras referirse a las deficiencias en el planteamiento de los cargos de la demanda, señala que si bien la censora se refiere la nulidad de la actuación, en últimas lo que cuestiona es la valoración probatoria aplicada por el *ad quem* para revocar la prisión domiciliaria.

Sin embargo, resalta, los reproches no acreditan ninguna infracción de las reglas de la sana crítica, por lo que mal podría invalidarse el escrutinio probatorio. La censura, a su modo de ver, se basa en meras apreciaciones subjetivas, desconocedoras de la realidad fáctica declarada por el tribunal, que en ningún momento ignoró la unión permanente ni la enfermedad padecida por la compañera de CLAUDIA MEDINA.

Las pruebas que, según la censora, fueron inobservadas, subraya, sí se apreciaron por el *ad quem*, sólo que valoradas de una manera diversa a la pretendida por aquélla. En últimas, dichos medios de conocimiento indican, por una parte, que la dependencia de Blanca Restrepo Giraldo es leve; por otra, que la sentenciada no es la única persona con quien aquélla cuenta para ser asistida, pues tiene familiares que pueden apoyarla.

En cuanto al segundo cargo, advierte que ninguno de los derechos fundamentales referidos por la libelista se ve

vulnerado con la reclusión de la procesada, como quiera que esas prerrogativas tendrían aplicación si la compañera permanente de la señora MEDINA GAMBA estuviera desamparada, pero se probó que existen otras personas que pueden asumir su cuidado.

Por consiguiente, solicita a la Corte que no case el fallo impugnado.

3.3. Lo mismo demanda el procurador para la casación penal. En ese sentido, puntualiza, no se probó que la sentenciada ejerciera el rol de cabeza de familia, pues no es dable afirmar la dependencia de su compañera en aspectos económicos ni de cuidado. Ciertamente, resalta, la señora Restrepo Giraldo está enferma, pero no en un nivel de afectación para sostener que se halla en un grado de incapacidad que la haga totalmente dependiente. Y esa supuesta necesidad de la pareja para subsistir y recibir cuidado permanente, a su modo de ver, tampoco deriva de las pruebas que, para la demandante, fueron inobservadas.

De otro lado, añade, la censura no controvierte el segundo pilar en que se soporta la negativa de la prisión domiciliaria, a saber, que con sus conductas la sentenciada fue condenada a una pena superior a 4 años, lo cual impide la sustitución de la pena, máxime que, por haber afectado dolosamente la administración pública, el art. 68 A del C.P. prohíbe el pretendido beneficio.

Finalmente, de cara al segundo cargo, sostiene, el tribunal no vulneró derecho fundamental alguno, en la medida en que lo acreditado fue que la procesada incumple

los requisitos para ser considerada cabeza de familia, lo cual en nada tiene que ver su identidad sexual, criterio que en manera alguna influyó para negar la prisión domiciliaria.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

4.1 Pese a los errores de planteamiento y sustentación de los cargos formulados en la demanda, la Sala superó los defectos para emitir un pronunciamiento de fondo, bajo la óptica de dos aspectos. Por una parte, con el propósito de examinar si existieron errores de apreciación o valoración probatoria que incidieran en la negativa de la prisión domiciliaria; por otra, si desde el plano normativo se acudió a los criterios apropiados para analizar lo concerniente a la sustitución de la sanción.

En consecuencia, la Sala procederá, en primer lugar, a reconstruir la estructura argumentativa del fallo impugnado (num. 4.2.1.). En segundo término, precisará cuáles son las condiciones para analizar la concesión de la prisión domiciliaria en el presente asunto (num. 4.2.2.). Con esa base, en tercer orden, verificará si el escrutinio probatorio y el proceso de adecuación de los hechos probados a los referentes normativos pertinentes fue adecuado (num. 4.2.3.).

4.2.1 Según se extracta de la sentencia de segunda instancia, la negativa de la prisión domiciliaria concedida por el *a quo* a la sentenciada -en su condición de cabeza de familia-, de un lado, estriba en que se incumplen los presupuestos necesarios para afirmar que la compañera permanente de la procesada está en una condición de

discapacidad que le impida valerse por sí misma, al tiempo que aquélla no queda en situación de abandono debido a la reclusión de CLAUDIA MEDINA; de otro, se basa en un pronóstico positivo de riesgo para la comunidad, en caso de sustituirse la pena de prisión.

Para el tribunal, es improcedente otorgar este mecanismo sustitutivo cuando i) la persona que se alega a cargo tiene la capacidad física y psicológica de atender sus necesidades o ii) la persona discapacitada se encuentra en imposibilidad de atender sus necesidades, pero no se acredita su estado de abandono, al verificarse la existencia de una matriz de apoyo (familia extensa), cuyos integrantes tienen la obligación de asumir el cuidado y asistencia.

En relación con esos aspectos, en la sentencia de segundo grado se lee:

En efecto, los requisitos para acceder al mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria por jefe de hogar no fueron demostrados en la actuación, pues si bien la señora Blanca Luz Restrepo Giraldo, pareja sentimental de CLAUDIA PATRICIA MEDINA GAMBA, presenta una leve limitación funcional en virtud de sus patologías (artritis reumatoide seropositiva, lupus eritematoso sistémico y síndrome seco -SJÖGREN-), lo cierto es que, de acuerdo al informe pericial presentado, no depende de otra persona para suplir sus necesidades básicas.

Al respecto se lee en el informe pericial de medicina legal UBCRT-DSRS-00426-2018, de 08 de mayo de 2018,

“(...) Se trata de mujer de 38 años de edad, con diagnósticos de artritis reumatoidea; lupus eritematoso sistémico; síndrome de SJÖGREN; SJORHUPUS, las cuales son enfermedades del tejido conectivo, son enfermedades crónicas degenerativas cuyo tratamiento consiste en controlar el proceso inflamatorio sistémico y control de afectación de otros órganos y sistemas diferentes al sistema musculoesquelético, control de dolor y mejoramiento de la calidad de vida; la examinada tiene una adecuada

*adherencia al tratamiento y a los controles médicos; en los momentos de crisis presentará una gran limitación para sus actividades cotidianas por el proceso inflamatorio y el dolor asociado a las articulaciones; **actualmente con índice de Barthel de 95, lo cual indica una dependencia leve**, hasta ahora la examinada no ha recibido otros tratamientos y valoraciones que son de gran importancia para una mejor calidad de vida, dichas valoraciones ya se han señalado previamente”.*

En ese entendido, no se encuentra acreditado que la procesada cumpla con las condiciones legales para afirmar que ostenta la condición de jefe de hogar, pues las limitaciones funcionales que pudiera llegar a presentar su compañera permanente solo se manifiestan en los momentos de crisis, los cuales se previenen con una correcta adherencia al tratamiento de sus enfermedades, y en cualquier caso, es a su familia extensa (padres y hermana) a quienes les corresponde asumir la obligación de cuidado y sostenimiento de su consanguínea.

Para la Sala es claro que Blanca Luz Restrepo Giraldo no se encuentra en estado de abandono, al contar con una familia extensa por medio de la cual podrá suplir, al menos en sus requerimientos económicos, la presencia de la condenada, amén que las limitaciones físicas causadas por sus enfermedades son leves y no implican el constante acompañamiento de terceras personas.

Y no por el hecho que Blanca Luz Restrepo Giraldo haya tomado distancia con sus padres y su hermana, es viable predicar su estado de abandono, pues, ante la perennidad del vínculo sanguíneo y las obligaciones que se derivan de éste, es a su familia a quienes les corresponde la obligación moral y legal de asistirle.

Como razón adicional, el *ad quem* sostuvo que el desempeño personal, laboral, familiar y social de la sentenciada, que se ve influenciado por la gravedad de las conductas por las cuales se le condenó, especialmente en los ámbitos social y laboral, *permite inferir que pondrá en peligro a la comunidad*. A ese respecto puntualizó:

(...) **(ii)** el desempeño personal y social de Medina Gamba «no permite deducir que no colocará en peligro a la comunidad», toda vez que por medio de procesos contractuales amañados, traicionó la confianza de toda una comunidad,

en desmedro de sus altos intereses.

Y es que de concederse a la condenada la prisión domiciliaria por la intramural se colocaría en peligro a toda la comunidad, pues su conducta criminal expone el desprecio de la sentenciada por los intereses y el bienestar social, por lo que no se descarta que desde su vivienda y con el conocimiento de todo el andamiaje criminal para favorecer a determinados contratistas en los procesos de contratación estatal, continúe poniendo en riesgo el bien jurídico de la administración pública y los intereses de la comunidad del municipio de Cartago.

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

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

4.2.2.1. La definición de madre -o padre- cabeza de familia

“Al respecto, el art. 2º de la Ley 82 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 1232 de 2008, establece lo siguiente:

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

En concordancia con lo anterior, es Mujer Cabeza de Familia quien, siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de

*hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u **otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar**, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, psíquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.*

De la literalidad de la ley se extrae que el carácter de cabeza de familia no sólo se adquiere cuando se tiene a cargo a hijos menores de edad. En efecto, el legislador previó expresamente la posibilidad de adquirir dicha calidad cuando esa relación de dependencia se presenta frente a “**otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar**”.

Esta postura fue reiterada, en términos generales, en la sentencia SU-388 de 2005. Más puntualmente, en la sentencia T-200 de 2006, la Corte Constitucional concluyó que una de las demandantes era madre cabeza de familia por el hecho de tener a cargo (según las reglas allí establecidas) a su padre, dada la ancianidad y el precario estado de salud de éste. En el mismo sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido esa condición en situaciones en que mujeres están a cargo del cónyuge que padece una grave afectación mental (CSJ SP 12 feb. 2014, rad. 43.118).⁴

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

“El artículo 1º de la Ley 750 de 2002,⁴ en punto de los requisitos para conceder la sustitución de la prisión, establece:

⁴ Norma declarada exequible por la sent. C-184 de 2003, en el entendido que el derecho puede ser concedido por el juez a los hombres que, de hecho, se encuentren en la misma situación que una mujer cabeza de familia.

La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá, cuando la infractora sea mujer cabeza de familia, en el lugar de su residencia o en su defecto en el lugar señalado por el juez en caso de que la víctima de la conducta punible resida en aquel lugar, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

Que el desempeño personal, laboral, familiar o social de la infractora permita a la autoridad judicial competente determinar que no colocará en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo, hijos menores de edad o hijos con incapacidad mental permanente.

La presente ley no se aplicará a las autoras o partícipes de los delitos de genocidio, homicidio, delitos contra las cosas o personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, extorsión, secuestro o desaparición forzada o quienes registren antecedentes penales, salvo por delitos culposos o delitos políticos.

(...)

De la armonización de estas dos leyes se extrae que la prisión domiciliaria, bajo la modalidad de madre cabeza de familia, opera cuando la condenada tiene a cargo hijos menores, como también cuando constituye el **único soporte** de otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, bien por su edad o por problemas graves de salud. Lo anterior, siempre y cuando se verifiquen los requisitos consagrados expresamente en la norma que se acaba de transcribir.

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

En particular en tales casos se percibe la urgencia de la adopción de medidas de apoyo especial a dichas mujeres, por cuanto es un hecho reconocido que los hijos menores y otras personas incapaces a cargo de la mujer cabeza de familia reclusa quedan desamparados y a merced de

las más nefastas influencias de la sociedad, lo que conlleva un doble efecto negativo para la sociedad, por una parte, el que no pueda cumplir esa mujer recluida, su rol natural respecto de sus hijos y de otras personas incapaces a su cargo, y de otra parte, que reciban esos menores una negativa orientación que los determinará con alta probabilidad a ubicarse al margen de la ley en el futuro, como medio de subsistencia y como el único modo de vida aprendido.⁵

(...)

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

(...)

Ante este panorama, se tiene claro que: i) la Ley 750 de 2002 permite el cambio de sitio de reclusión (domiciliaria en lugar de intramuros) cuando la mujer o el hombre es **la única persona a cargo del cuidado y la manutención** de sus hijos menores de edad, siempre y cuando se reúnan los puntuales requisitos previstos en la ley y desarrollados por la jurisprudencia y ii) el mismo beneficio puede otorgarse a la mujer que tenga la calidad de madre cabeza de familia respecto de **otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar**, que integren su núcleo familiar, bajo las limitaciones establecidas en la ley (valga la necesaria repetición).

⁵ Gaceta del Congreso N° 113 de 2001.

⁶ Negrilla no hace parte del texto original.

⁷ Ibídem.

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

(...)

En el mismo sentido, la sentencia -de segunda instancia- SP feb. 22 de 2012, rad. 37.751 advirtió que la postura según la cual «la concesión, tanto de la sustitución de la detención como de la prisión intramural, por la domiciliaria, era indiferente respecto de las exigencias contenidas en la ley, y, por tanto no

importaba el tipo de delito, la existencia de antecedentes penales, ni el comportamiento de su beneficiario», fue variada desde la SP, jun. 22/2011, rad. 35.943, que estableció que «en cada caso, resulta necesario e ineludible realizar una ponderación entre los fines de la medida de aseguramiento o de la pena -según se trate- y las circunstancias del menor por proteger con la sustitución de la internación carcelaria».

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

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

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

(...)

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

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

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

(...)

En ese contexto, no sería dable predicar -como lo hace el demandante- que el sentenciador dejó de aplicar el artículo 1º de la Ley 750 de 2002, porque es evidente que la negativa a conceder el beneficio a la procesada está soportada en el examen de los requisitos que consagra la norma y que no

encontró acreditados a cabalidad, específicamente, los que hacen relación al desempeño laboral y social de la procesada y a la gravedad del ilícito imputado, que condujeron al juez colegiado a concluir en la necesidad de purgar la pena en establecimiento carcelario, en orden a preservar la tranquilidad y seguridad de la comunidad.

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

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

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

Como quedó visto en precedencia (num. 4.2.2.3. *supra*), la gravedad de la conducta por la cual se emite la condena es un factor a considerar a la hora resolver sobre la sustitución de la sanción penal -salvo en eventualidades de aplicación del art. 38 B del C.P.⁸, en donde, superado el factor objetivo, únicamente ha de verificarse el arraigo familiar y social del condenado-. Sin embargo, la Sala también ha clarificado que la ponderación de dicho aspecto -a considerar en la valoración de factores subjetivos, como los aplicables a la

⁸ Adicionado por el art. 23 de la Ley 1709 de 2014.

prisión domiciliaria por ser cabeza de familia y al subrogado previsto originalmente en el art. 38-2 del C.P.- ha de ser sumamente cuidadosa, a fin de evitar que, bajo el pretexto de la gravedad *abstracta* de la conducta, se repita el juicio de antijuridicidad que, en sede legislativa, se ve expresado en la tipificación de la conducta y, en el plano judicial, se manifiesta en la imposición de la pena.

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

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

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

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

4.2.3. Pues bien, contrastadas las anteriores premisas con las razones expuestas por el tribunal para revocar la prisión domiciliaria concedida en primera instancia, la Sala

encuentra, como primera medida, que en la sentencia impugnada fueron fijados correctamente los presupuestos exigibles para analizar la procedencia del instituto.

La ocurrencia de los hechos data de marzo de 2017, resultando entonces aplicable el art. 38 B del C.P. -adicionado por el art. 23 de la Ley 1709 de 2014-. Por ello se incumple el factor objetivo, dado que todos los delitos por los que se procede superan, en el mínimo de pena, el término de ocho años de prisión. Además, el art. 68 A *ídem*, al que remite el num. 2° de la norma, impide la concesión de la prisión domiciliaria a sentenciados por *delitos dolosos contra la administración pública*, como lo son el cohecho propio, contrato sin cumplimiento de requisitos legales y el interés indebido en la celebración de contratos.

Por ello, en su condición de norma -y modalidad- *especial* para evaluar la procedencia de la suspensión de la prisión carcelaria por domiciliaria, el *ad quem* acudió al art. 1° de la Ley 750 de 2002, en conjunción con la jurisprudencia de esta Sala,⁹ al fijar como requisitos: “i) *que el condenado, hombre o mujer, **tenga la condición de padre o madre cabeza de familia***; ii) *que su **desempeño personal, laboral, familiar y social permita inferir que no pondrá en peligro a la comunidad** o a las personas a su cargo*; iii) *que la condena no haya sido proferida por alguno de los delitos allí referidos*¹⁰ y iv) *que la persona no tenga*

⁹ CSJ SP AP5029-2018.

¹⁰ La presente ley no se aplicará a autores o partícipes de los delitos de genocidio, homicidio, delitos contra las cosas o personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario,

antecedentes penales.”

4.2.3.1. De otro lado, a la hora de verificar si la sentenciada es mujer cabeza de familia, el *ad quem* descartó esta condición bajo el entendido que la dependencia presentada por su compañera permanente es *leve* y, sólo en los momentos de crisis, presentará una gran limitación para sus actividades cotidianas. Ese aserto se extrajo del informe pericial suscrito por médico forense, aportado por la propia defensa, sin tergiversación alguna.

Del contenido objetivo de la prueba el tribunal destacó, además, que esa conclusión derivó de la aplicación del *índice de Barthel*, en el cual Blanca Restrepo Giraldo obtuvo una puntuación de 95, indicativa de una dependencia leve. Y en esa valoración no se advierte ninguna infracción de las reglas de la sana crítica.

Antes bien, a la luz de criterios científicos, el escrutinio de la prueba se ofrece sólido. Según la literatura médica, el índice de Barthel es una “*medida genérica que valora el nivel de independencia del paciente con respecto a la realización de algunas actividades de la vida diaria, mediante la cual se asignan diferentes puntuaciones y ponderaciones según la capacidad del sujeto examinado para llevar a cabo estas actividades*”.¹¹ La estimación del grado de independencia se expresa en términos cuantitativos, de la siguiente manera: i)

extorsión, secuestro o desaparición forzada o quienes registren antecedentes penales, salvo por delitos culposos o delitos políticos.

¹¹ Mahoney FI, Barthel D. *Functional evaluation: The Barthel Index*. Maryland State Medical Journal 1965, 14:56-61.

de 0-20: dependencia total; ii) 21-60: dependencia severa; iii) 61-90: dependencia moderada; iv) 91-99: *dependencia escasa* y v) 100: independencia¹².

Entonces, existiendo evidencia sobre la *escasa o leve* dependencia de la señora Restrepo Giraldo -que se evaluó en 95/100 por el hecho de requerir apoyo únicamente para subir y bajar escaleras-, difícilmente puede sostenerse que ello convierte a su compañera permanente en mujer cabeza de familia, pues esa condición no es suficiente para predicar que aquélla está absoluta o gravemente incapacitada para sostenerse, cuidarse y mantenerse a sí misma. Ello no implica desconocer la enfermedad ni las dificultades que pueda padecer la compañera de la sentenciada. Empero, lo cierto es que no reúne las condiciones de gravedad necesarias para poder considerar a CLAUDIA PATRICIA MEDINA GAMBA como mujer cabeza de familia, en los términos exigidos por el art. 1° de la Ley 750 de 2002, en conexión con el art. 2° de la Ley 82 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 1232 de 2008.

No puede confundirse la jefatura femenina de hogar, en tanto fenómeno socio-económico, en el que una mujer asume la manutención de su pareja, con la figura de cabeza de familia derivada de la incapacidad de alguien, a su cargo, en razón de su *incapacidad para trabajar*.

El referente normativo para poder catalogar a un

¹² Shah S, Vanclay F, Cooper B. *Improving the sensitivity of the Barthel Index for stroke rehabilitation*. J Clin Epidemiol 1989; 42: 703-709.

sentenciado como cabeza de familia, en estricto sentido, no es la dependencia en sí misma, sino tal circunstancia cuando, en el caso de parejas, deviene de la imposibilidad de uno de sus integrantes para sostenerse, mantenerse y cuidarse a sí mismo, “*por incapacidad **para trabajar**, por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral*”.

En ese sentido, no le asiste razón a la censora al pregonar que las demás pruebas incorporadas por la defensa en el traslado del art. 447 del C.P.P. conllevan a una conclusión diferente a la adoptada por el *ad quem*.

Es verdad que el tribunal dejó de apreciar los otros conceptos médicos alusivos a la *condición de salud* de la señora Restrepo Giraldo. No obstante, de cara al objeto de prueba, esto es, la incapacidad *para trabajar*, los mismos se avienen inidóneos para concluir que aquélla está imposibilitada para laborar y que, por ello, se hace dependiente de manutención por su compañera.

De acuerdo con el art. 41 inc. 1° de la Ley 100 de 1993, el *estado de invalidez*, que resulta de la incapacidad para trabajar en un determinado nivel, no puede determinarse de cualquier manera, sino que ha de establecerse con base en el Manual Único para la Calificación de la Invalidez expedido por el Gobierno Nacional, en el que se deberán contemplar los criterios técnicos de evaluación para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por *pérdida de su capacidad laboral*.

No es cierto, como lo alega la censora, que el juez de conocimiento está en el deber de practicar pruebas de oficio a fin de establecer si el procesado se encuentra en condición de cabeza de familia para acceder, por esa especialísima vía, a la prisión domiciliaria. No. Además de que ésta procede a solicitud de parte, pues mal podría el juez conocer dicha circunstancia si los interesados no se lo dan a conocer, la lógica adversarial que rige el juicio igualmente aplica en el procedimiento para *sentenciar*, por lo que la defensa tiene la carga de acreditar los supuestos de hecho de la consecuencia jurídica que reclama.

En esa dirección, la actividad probatoria de la defensa fue insuficiente para acreditar que Blanca Luz Restrepo Giraldo está *incapacitada para laborar* y que, por ello, su compañera permanente ostenta el rol de mujer cabeza de familia.

En su momento, el defensor únicamente incorporó al trámite evidencia sobre la condición de salud y deficiencias físicas de la señora Restrepo Giraldo, no pruebas aptas para demostrar incapacidad laboral ni invalidez.

Según el art. 3° del Decreto 1507 de 2014, por medio del cual se expide el Manual Único para la Calificación de la Pérdida de Capacidad Laboral y Ocupacional, la *condición de salud* alude a categorías de enfermedad (aguda o crónica), trastorno, traumatismo y lesión, referenciada según la Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud –CIE10, mientras que

las *deficiencias* corresponden a alteraciones en en las funciones fisiológicas o en las estructuras corporales de una persona. Ésta últimas pueden consistir en una pérdida, defecto, anomalía o cualquier otra desviación significativa respecto de la norma estadísticamente establecida.

Siguiendo dicha normatividad, la deficiente condición de salud de la persona dependiente de la mujer u hombre cabeza de familia, para que sea reconocida la prisión domiciliaria, ha de superar un umbral de gravedad que justifique la preponderancia del cuidado de esa persona sobre la necesidad social de que se ejecute la pena. El estándar consagrado legalmente y desarrollado por la jurisprudencia, se insiste, no fue cualquier deficiencia o minusvalía. Al exigirse el cuidado de “*personas **incapaces o incapacitadas para trabajar** que dependan exclusivamente del procesado*”, prácticamente, ha de verificarse una situación de invalidez.

Ello, por cuanto, en los términos del mencionado decreto, la invalidez es la pérdida de capacidad laboral u ocupacional igual o superior al 50%. La minusvalía que no alcance esa condición no puede reputarse, para los efectos de la prisión domiciliaria por ser cabeza de familia, como *incapacidad o imposibilidad para trabajar*.

El Manual Único para la Calificación de la Pérdida de Capacidad Laboral y Ocupacional entiende por minusvalía toda situación desventajosa para un individuo determinado, consecuencia de una *deficiencia o una discapacidad* que impide o limita para el desempeño de un rol, que es normal en su caso, en función de la edad, sexo, factores sociales, culturales y ocupacionales. Se caracteriza por la diferencia entre el rendimiento y las expectativas del individuo mismo o del grupo al que pertenece.

En ese sentido, el rol específico al que el legislador circunscribió la dependencia de la persona a cargo del hombre o mujer cabeza de familia fue *el laboral*, y no por cualquier disminución, deficiencia o discapacidad, sino únicamente en la hipótesis de *incapacidad* para trabajar, que al corresponder al *imposibilidad* para laborar, se equipara en sus efectos al concepto legal de invalidez.

Empero, los diagnósticos de medicina ocupacional aportados por la defensa, al margen de no haber sido apreciados por el tribunal, no acreditan que la compañera de la sentenciada esté en condición de incapacidad para trabajar en un grado comparable a la invalidez.

En primer lugar, ninguno de los conceptos emite una conclusión en ese sentido. Al referirse el doctor Carlos Humberto Victoria a “*gran limitación funcional para cualquier actividad física*” y “*condiciones que limitan su desempeño en cualquier labor*” (fl. 82), a lo sumo se ponen de presente discapacidades en la señora Restrepo Giraldo, pero por no constar ninguna información sobre el conjunto de habilidades, destrezas, aptitudes y/o potencialidades de orden físico, mental y social, que permiten desempeñarse *en un trabajo determinado*, mal podría entenderse como un diagnóstico de incapacidad para trabajar.

La ocupación es lo que hacen las personas en el desempeño de sus roles, incluyendo el cuidado de sí mismos, el disfrute de la vida y la contribución al desarrollo económico y social de sus comunidades. Representa las ocupaciones propias de cada etapa del ciclo vital, de tal forma que el juego y el estudio resultan ser la ocupación

principal en la infancia y la adolescencia; el trabajo en la etapa adulta y el uso del tiempo de ocio en la etapa de adulto mayor. Por su parte, *el trabajo* es aquel oficio o labor que desempeña la persona con su capacidad laboral, entrenamiento y/o formación técnica o profesional, recibiendo una remuneración.

Sin embargo, sobre este último aspecto nada dice el mencionado concepto médico, que restringe su ámbito de análisis a “*limitaciones funcionales*” sin emitir juicio alguno de cara a la aptitud *laboral* de Blanca Luz Restrepo, pues nada se sabe de los antecedentes ocupacionales de aquélla. Y ello es lo relevante para el propósito perseguido por la prisión domiciliaria para la persona cabeza de familia, pues la figura se justifica desde la perspectiva de asistir a otro en su manutención, en eventos en que, por incapacidad para trabajar, no pueda hacerlo por sí mismo.

La incapacidad *para trabajar* es un juicio que no puede desarticularse de los antecedentes y el contexto ocupacional en que alguien se desempeña o ha desempeñado. Por ello, ese tipo de dictámenes son emitidos por una junta - multidisciplinar- que califica la invalidez como resultado de identificar discapacidades laborales de magnitud tal que alcanzan el 50%. No es dable establecer una incapacidad laboral ni medirla con simples referencias médicas alusivas a la condición de salud y a las deficiencias que alguien pueda padecer producto de enfermedades o patologías, descontextualizadas de un ámbito ocupacional concreto.

Por sólo poner dos ejemplos, la amputación de una pierna en un futbolista no puede tener el mismo impacto, *en*

términos de capacidad laboral, que en un escritor, como tampoco podría valorarse de igual manera la extracción de las cuerdas vocales en un cantante que en un diseñador gráfico. Ambos procedimientos, pese a producir idéntica *discapacidad* en los afectados, evidentemente no producen iguales efectos en punto de la incapacidad para trabajar.

Y a discapacidad, no a *incapacidad para trabajar*, es a lo que se refiere el otro concepto de medicina laboral cuya apreciación echa de menos la libelista. El doctor Mario Osorio López tampoco consideró en su concepto (fls. 83-84) los antecedentes ni el contexto ocupacional de Blanca Luz Restrepo, pues únicamente refirió sus enfermedades y, a partir de ellas, indicó, sin hacer explícita la base de su conclusión, que aquélla presenta limitación para la movilización, el desplazamiento y la bipedestación, así como que requiere ayuda por otra persona para sus necesidades básicas.

Mas de estas últimas circunstancias no puede inferirse indefectiblemente la incapacidad para laborar, como quiera que, debido a la ausencia de información y análisis de los especialistas sobre el contexto laboral y ocupacional, mal podría determinarse si la examinada alcanza un grado de invalidez que le permita desempeñar un trabajo en particular. Además, en punto de valoración conjunta, el informe rendido por el médico adscrito al Instituto de medicina Legal y Ciencias Forenses, apreciado por el *ad quem*, desvirtúa las conclusiones del médico ocupacional privado.

De un lado, por cuanto el concepto pericial del INMLCF, visible a fls. 77 y 78, sí consigna las bases del análisis, indicando que, además de la revisión de la historia clínica, practicó un examen físico, con aplicación del Protocolo de Barthel, que arrojó un mínimo nivel de dependencia en la examinada. Ese examen mostró que la puntuación de 95 se dio *“a expensas de la subida y bajada de las escaleras, que requiere apoyo, lo cual indica una dependencia leve”*. De ahí que si ese fue el único factor que bajó la puntuación de 100 (independencia) a 95 (dependencia leve), es incomprensible que el doctor Osorio López hubiera concluido que *“hay una limitación importante para funciones fisiológicas básicas”*, menos cuando el médico legista dejó constancia de que la examinada, si bien con dolor, realizó todas las tareas asignadas durante el examen.

Pero hay más, una apreciación detallada del concepto de salud ocupacional particular (fls. 83-84) ofrece información relevante de cara a lo decidido por el tribunal. La compañera permanente de la sentenciada, como consta en el informe de visita socio familiar realizada por una psicóloga de la Comisaría de Familia de Cartago (fls. 73-76) - que, valga destacar, sí fue observado por el *ad quem* al señalar que Blanca Restrepo cuenta con sus padres y una hermana-, reside en ese municipio, pero pudo trasladarse *hasta Pereira* ser valorada por el médico ocupacional, dejando constancia en el consultorio que su *actividad económica* está relacionada con una ONG. Incluso, a la funcionaria de la Comisaría de Familia le indicó que asiste a terapias médicas en la ciudad de Cali (fl. 76).

Esas circunstancias pueden indicar, contrario a lo evidenciado por los médicos ocupacionales privados, y acorde con lo concluido por el galeno del INMLCF, que, pese a las limitaciones propias de la enfermedad que padece, la señora Restrepo Giraldo sí puede movilizarse y desplazarse por sí misma -o asistida por otras personas-, incluso a otras ciudades, para continuar con sus tratamientos médicos, a los que no la ha acompañado su compañera desde que está presa.

Ahora, si bien -como igualmente lo destacó el *ad quem*- en momentos de crisis aquélla puede presentar gran limitación para sus actividades cotidianas, no es menos cierto que, como ella misma lo puso de presente a la sicóloga de la Comisaría de Familia, cuenta -en Cartago- con sus padres y su hermana, quienes constitucionalmente (arts. 95-2 y 47) tienen el deber de asistirla en su cuidado.

Puede admitirse, el tribunal desconoció que, en la entrevista con la sicóloga, Blanca Luz Restrepo indicó que la relación con su familia es “*distante*”. Sin embargo, ello no releva a sus familiares de asistirla y, en cuanto a sus padres, no los exime del deber de proporcionarle alimentos, de darse las circunstancias legales para ello (arts. 411-2 y 422 del C.C.), en vista de la ausencia de su compañera permanente. En esa dirección, el inc. 2º de la última norma en mención preceptúa que ninguna persona podrá pedir alimentos a sus

padres salvo que, por algún impedimento corporal o mental, se halle inhabilitado para subsistir de su trabajo¹³.

De suerte que las conclusiones probatorias fijadas por el tribunal carecen de yerros de apreciación o valoración capaces de invalidar el escrutinio probatorio, el cual tampoco se ve removido por los reproches formulados por la demandante. En consecuencia, habiéndose descartado que la compañera permanente de la sentenciada esté en incapacidad para trabajar y habiéndose probado que, en todo caso, aquélla cuenta con otras personas que legalmente están en la obligación de apoyarla y asistirle tanto económicamente como en sus cuidados, no es dable afirmar la condición de cabeza de familia en CLAUDIA PATRICIA GAMBA MEDINA, pues ésta no es su *único soporte*. Entonces, existe razón *suficiente* para negar la prisión domiciliaria, por lo que la decisión del *ad quem*, al revocar la indebida concesión de la sustitución de la pena, fue del todo correcta.

4.2.3.2. Sin perjuicio de lo anterior, no puede pasarse por alto que el tribunal también negó la prisión domiciliaria con fundamento en un pronóstico *positivo* de peligro para la comunidad, que justifica la necesidad de que la pena sea cumplida en establecimiento carcelario. Además de que esas razones para nada son refutadas por la censora -quien

¹³ En cuanto a la duración de la obligación alimentaria, el art. 422 del C.C. preceptúa: “*Los alimentos que se deben por ley, se entienden concedidos para toda la vida del alimentario, continuando las circunstancias que legitimaron la demanda. Con todo, ningún varón de aquéllos a quienes sólo se deben alimentos necesarios, podrá pedirlos después que haya cumplido veintiún años, salvo que, por algún impedimento corporal o mental, se halle inhabilitado para subsistir de su trabajo; pero si posteriormente se inhabilitare, revivirá la obligación de alimentarle.*”

El aparte subrayado fue declarado exequible mediante sentencia C-875 de 2003, bajo la condición que también se entienda referida a “ninguna mujer”.

desatinadamente invoca “*la falta de afectación del patrimonio público*”, cuando lo afectado por la sentenciada fue la seguridad pública y el correcto funcionamiento de la administración pública, desde la perspectiva del quebranto del principio de legalidad-, la Sala encuentra que el juicio proyectivo sobre la posibilidad de reincidencia delictiva es plausible y soportado en las evidencias incorporadas a la actuación.

El tribunal, focalizado en el desempeño *laboral y social* de la procesada, destacó que ésta cometió *múltiples* conductas contra la administración pública, en un contexto de corrupción administrativa. Y no sólo ello, sino que también *se concertó* con particulares y otros servidores públicos, a fin de cometer delitos indeterminados y obtener sus protervos propósitos, en desmedro de los administrados. En ese sentido, en la sentencia igualmente se puso de relieve que el desprecio mostrado por la *abogada* MEDINA GAMBA a los intereses y el bienestar social, *aunado al conocimiento del andamiaje criminal operante en la contratación administrativa local*, es un factor que le permitiría seguir interviniendo en ese entramado de corrupción desde su domicilio.

De suerte que ese conocimiento especializado, el ánimo corruptor demostrado con la traición a sus principios como funcionaria pública y profesional del derecho, la existencia de contactos tanto privados como particulares, que podrían mantenerse y mantenerla activa en conductas delictivas contra la administración pública, ciertamente son factores que hacen necesaria su reclusión carcelaria, tanto más cuanto la jurisprudencia de esta Corte¹⁴ es compatible con esas conclusiones.

A ese respecto, cabe traer a colación que los antecedentes

¹⁴ Cfr., entre otras, CSJ AP 9 feb. 2006, rad. 21.620; CSJ AP 30 may. 2007, rad. 26.794; CSJ AP 29 sept. 2010, rad. 34.939; CSJ AP 28 nov. 2012, rad 40.107 y SP6699-2014, rad. 43.524.

sociales de la sentenciada, que se traducen en su preparación académica, condiciones económicas y destacada posición en la administración pública, no permiten esta clase de privilegios, pues reflejan mejores opciones de elección a la hora de ejecutar la conducta, que indican que si de esas condiciones se abusó, el peligro para la comunidad es latente.

4.2.3.3. Recapitulando, la decisión cuestionada por la censora no incurrió en yerros constitutivos de violación indirecta ni directa de la ley sustancial, como tampoco se advierte vulneración de garantía fundamental alguna con la negativa de la prisión domiciliaria. La supuesta discriminación referida por la libelista, al sugerir que se desconoció el enfoque diferencial (art. 3 A de la Ley 65 de 1993), es manifiestamente infundada, pues, como se vio, la cuestionada decisión se adoptó en consideración al incumplimiento de los referentes normativos pertinentes, sin que en manera alguna hubiera influido la identidad sexual de las involucradas, cuya unión marital de hecho jamás fue desconocida.

4.3 Por consiguiente, al no prosperar los cargos, la sentencia impugnada no será casada.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

NO CASAR la sentencia impugnada.

Contra esta decisión no proceden recursos.

Notifíquese y devuélvase al tribunal de origen.

Cúmplase.



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

21/04/2020



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado



GERSON CHAVERRA CASTRO



EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

-con impedimento-

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO



FABIO OSPITIA GARZÓN



EYDER PATIÑO CABRERA



HUGO QUINTERO BERNATE

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria

Sala Casación Penal@2020

Sala Casación Penal@2020