

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PASTO - NARIÑO SALA DE DECISIÓN PENAL

| | |
|--------------------|--|
| Radicación: | 520016000485-2015-00497-01 N.I. 25201 |
| Condenado: | PAPD |
| Delito: | ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADO (TENTATIVA) |

SUSTITUCIÓN PRISIÓN CARCELARIA POR DOMICILIARIA EN RAZÓN DE LA EDAD – Competencia del Juez de Ejecución de Penas.

Teniendo en cuenta que la competencia para resolver peticiones de sustitución de la ejecución de la pena intramural por la prisión domiciliaria, prevista en el art 314 del CPP, en concordancia con el art 461 de la misma codificación, recae sobre los jueces de ejecución de penas, no es factible que el juez de conocimiento, al proferir la sentencia condenatoria, se pronuncie sobre el referido sustituto, al contar el procesado con más de 65 años de edad, en tanto esto solo puede ser objeto de estudio, una vez se encuentre ejecutoriado dicho fallo, por tanto el Tribunal carece de competencia para pronunciarse al respecto.

Magistrado Ponente: Dr. Silvio Castrillón Paz

San Juan de Pasto, veintinueve (29) de julio de dos mil veinte (2020)

OBJETO DE LA DECISIÓN

Corresponde a la Sala desatar el recurso de apelación interpuesto por la defensa del señor PAPD, contra la decisión proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto (N) el día 4 de junio de 2020, a través de la cual fue condenado anticipadamente en virtud de aceptación de responsabilidad en preacuerdo como autor material a

título de dolo del delito ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS, en modalidad AGRAVADA, en grado de TENTATIVA, y se le negó la concesión del sustituto de prisión domiciliaria establecido en el artículo 38 sustantivo penal y el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena del artículo 63 de la misma codificación, en aplicación de la prohibición contenida en el artículo 199 de la ley 1098 de 2006. A su vez, se abstuvo el despacho de decidir de fondo una solicitud de sustitución de la pena de prisión intramural por la domiciliaria, que con fundamento en la causal etaria (edad del condenado superior a 65 años) se había extendido por la defensa en desarrollo de la audiencia de individualización de pena, para diferirla al Juzgado de ejecución de penas, conforme lo establecido en el artículo 461 procesal penal.

ANTECEDENTES HISTÓRICO - PROCESALES

Los acontecimientos fácticos base de acusación se dicen ocurridos el 27 de enero de 2015, cuando la niña EFPB, de escasos 10 años de edad, se encontraba en la casa de habitación de sus abuelos paternos, ubicada en la Vereda La Chuza del municipio de El Tambo (Nariño). En una oportunidad su abuelo PAPD la cargó en el patio de la casa para sostenerla sobre sus piernas y aprovechándose que se encontraba solo con la menor comenzó a acariciar su cuerpo por debajo de la ropa, tocándola en su zona vaginal.

A continuación la llevó de la mano hasta una habitación, donde continuó con sus tocamientos impúdicos, le bajó el pantalón y la ropa interior hasta la rodilla, sentado en la cama se “sacó ese coso” (sic) para

introducírsele en medio de la piernas, momento en el que ingresó a la habitación MAPD, que es una integrante del grupo familiar que padece de una enfermedad cognitiva. Ante el acontecimiento, el abuelo PD sacó de la habitación a su nieta y la condujo hasta la cocina, lugar en el cual sentado en un banco siguió ultrajándole su cuerpo. Previendo que su esposa pudiera salir del baño, en donde se encontraba, le dijo a la niña *“nos vamos a la cuyera o a la montaña para que lo hagamos mejor”*, frente a lo cual la menor comenzó a llorar y éste detuvo sus apetitos libidinosos.

Acto seguido la menor le preguntó a su abuela la fecha que correspondía aquél día, quien erróneamente le informó que era el 26 de enero, cuando en realidad era 27 de enero de 2015, tomó un cuaderno en el que anotó *“mi abuelo me biolo (sic) en la cama y en la cosina (sic). El corazón (sic) se me rompio (sic). Soy una torpe que no digo (sic) ligero”*¹. Documento éste en el que además representó gráficamente la agresión sexual, al dibujar a dos personas que describen un adulto con el pene por fuera, que penetra a una niña entre las piernas.

Finalmente se reporta que días después de ocurridos estos hechos, la menor se encontró con su abuelo nuevamente, quien le ofreció la suma de tres mil pesos (\$3.000) para que no contara a nadie los sucesos ocurrido.

Capturado El señor PAPPD, en virtud de orden solicitada por la Fiscalía, fue sometido a audiencia de Formulación de Imputación el día 11 de febrero de 2018 ante el Juzgado Promiscuo Municipal de El Tablón (Nariño), atribuyéndosele autoría material en el delito de ACTO

¹ Ver la evidencia representativa a folio 67 de la carpeta digital nominada (JUICIO ORAL – PREACUERDO)

SEXUAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS que trata el artículo 209 del Código Penal, en la modalidad AGRAVADA según lo establecido en el artículo 211 numeral 5 de la misma norma.

En las mismas condiciones fue presentado el escrito de acusación y formulada legalmente la acusación en audiencia del 25 de junio de 2018 ante el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto, actuando en funciones de Conocimiento. A su vez, el 17 de enero de 2019 se llevó a cabo la audiencia preparatoria.

El 27 de mayo de 2019 fue presentada por las partes una fórmula de preacuerdo ante el Juzgado de Conocimiento, en la cual la Fiscalía pone en conocimiento una readequación típica de la conducta de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, en modalidad agravada, por la de TENTATIVA DE ACCESO CARNAL VIOLENTO EN MODALIDAD AGRAVADA, basándose en el acopio de un nuevo elemento material probatorio, como es un interrogatorio rendido por el acusado. Este nuevo cargo es aceptado por el acusado PAPD y pactan una pena de prisión de 96 meses y el mismo tiempo por concepto de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. En la misma fecha se realizó por el Juzgado de Conocimiento la aprobación del preacuerdo de responsabilidad.

El día 18 de septiembre de 2019 se surtió la audiencia de individualización de pena, establecida en el artículo 447 procesal penal, en la cual el apoderado de la defensa deprecó que se reconociera a su cliente el sustituto de la prisión domiciliaria por la causal especial establecida en el artículo 314 numeral 2 del Código de Procedimiento Penal, derivada del hecho que su cliente contaba en ese momento

histórico con una edad de 78 años, y que la ley permite ese beneficio para mayores de 65 años. Indicó que su cliente es un sujeto que debe gozar de protección especial por el Estado y que no tiene antecedente penal alguno, por lo cual reclama se otorgue un trato benigno. Esta petición fue inaceptada por la Fiscalía y la Representación de Víctimas, indicando que la ley de infancia y la adolescencia prohibían estos beneficios jurídicos para personas responsables de delitos sexuales contra menores.

La sentencia de fondo fue leída el 4 de junio de 2020, en la cual se profiere la condena conforme al pacto de responsabilidad puesto de presente por las partes, esto es 96 meses de prisión al señor PAPD e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo, al aceptar responsabilidad como autor del delito de TENTATIVA DE ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR, EN MODALIDAD AGRAVADA. A su vez negó la concesión de todo sustituto punitivo, subrogado penal o beneficio administrativo al condenado por expresa prohibición del artículo 199 de la Ley 1908 de 2006 (estatuto de la infancia y la adolescencia).

Contra esta decisión interpuso recurso de apelación el apoderado de la defensa, insistiendo en su pretensión de obtener el sustituto de prisión domiciliaria para su cliente por el factor etario, impugnación que al ser concedida ha dado lugar al arribo del proceso a esta instancia judicial.

FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto (N) fundamentó su decisión rechazando la concesión del mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria, ya que de acuerdo con lo previsto en los numerales

2, 4 y 8 del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 (Código de Infancia y Adolescencia) existe una prohibición específica para otorgar este tipo de beneficios o sustitutos, en el caso de delitos que afecten la libertad, integridad y formación sexual de menores de edad. Preciso que el numeral 2 citado prohíbe otorgar en estos eventos la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la del lugar de residencia previsto para los numerales 1 y 2 del artículo 314 de la ley 906 de 2004; a su vez, sobre el numeral 4 indicó que tampoco procede en estos eventos el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena contemplado en el artículo 63 del Código Penal; y respecto del numeral 8 dijo que el Código de la Infancia y Adolescencia prohíbe el otorgamiento de cualquier beneficio o subrogado judicial o administrativo, en estos eventos. Con fundamento en lo anterior, estimó que la pena está llamada a cumplir con sus fines, especialmente el de PREVENCIÓN ESPECIAL, con el objeto de persuadir al condenado de que no vuelva a delinquir.

Finalmente argumentó sobre la petición del sustituto de prisión domiciliaria extendida por la defensa, con fundamento en el numeral 2 del artículo 314 del Código de Procedimiento Penal, que opera cuando el procesado cuenta con más de 65 años de edad. Dijo que la norma se ha establecido como un sustituto de la detención preventiva intramural por la del lugar de residencia, la cual se hace extensiva para la prisión el artículo 461 procesal penal, pero que el competente para resolverla es el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad y no el que funge con funciones de Conocimiento, de suerte que solo se puede acceder a ella cuando la sentencia condenatoria se encuentre ejecutoriada. Por tal razón manifestó que carecía de competencia para

resolver dicho pedimento y lo hubo de diferir para que se asumiera en el despacho al que le hubiera de corresponder de ejecución de la pena.

FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

Intervención del Recurrente.- El doctor JAIRO RUEDA NARVÁEZ, en su condición de apoderado de la defensa del condenado PAPD, se centró en atacar la sentencia proferida por la Jueza de primera instancia, en lo referente a la no concesión de la prisión domiciliaria deprecada; arguyó que él realizó la petición con fundamento en el artículo 314 numeral 2 del Código Penal que lo permite para procesados que tengan más de 65 años de edad y que el artículo 461 hace extensivo este sustituto para condenados. Indica que el Juzgador de Instancia omitió realizar una valoración de la situación fáctica de su cliente, que es persona de la tercera edad, ya que cuenta con 78 años, cuando hay fallos de la Corte Suprema de Justicia (radicados 18788 MP. JORGE E. CÓDOBA POVEDA y 26931 de junio 27 de 2007 MP. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO) y de la Corte Constitucional (sentencia C-318 del 9 de abril de 2009) en los que se indica que el Juez debe valorar en estos casos el desempeño laboral, familiar o social que lleven a la conclusión seria, fundada y motivada de que el procesado no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena, cuyo cumplimiento se inferirá a través de un pronóstico razonable.

Indicó que el Juzgado no tuvo en cuenta que su cliente no solo es una persona de la tercera edad, sino que además se ha caracterizado en la comunidad por ser una persona de bien, que ha derivado su sustento y el de su grupo familiar de actividades lícitas, quien además ha realizado reparación integral a la víctima, lo que –en su sentir- permite deducir una personalidad positiva.

Refiere conocer la sentencia de la Sala de Casación Penal del 19 de octubre de 2006, dentro del radicado 25724, con ponencia del Magistrado ÁLVARO ORLANDO PÉREZ, según la cual las solicitudes de prisión domiciliaria con arreglo a lo establecido en los artículos 314 numeral 2 y 461 del Código de Procedimiento Penal deben ventilarse ante el Juez de Control de Garantías, lo que exige que el fallo de condena debe encontrarse debidamente ejecutoriado, pero dice aplicable para los casos en los cuales los eventos de edad, enfermedad grave, la gravidez y el estatus de madre cabeza de familia hayan surgido con posterioridad al fallo, motivo por el cual concluye que debe estudiarse la posibilidad de revocar la decisión objeto de alzada y en su lugar se proceda a conceder la prisión domiciliaria.

Intervención de los no recurrentes.- El doctor HENRY SANTIAGO LÓPEZ OBANDO, actuando en su condición de Procurador 142 Judicial II en lo penal, en su conocida responsabilidad, describió el traslado para no recurrentes indicando que debía confirmarse la sentencia condenatoria venida en alzada, debido a que es claro que los precedentes de la Corte Suprema de Justicia y también los de este Tribunal Superior de Distrito Judicial, que el tema del estudio para eventual concesión del sustituto de la prisión domiciliaria con fundamento en los artículos 314 numeral 2 y 461 de la Ley 906 de 2004 exigen que la sentencia de condena se encuentre en firme, porque son de competencia exclusiva de los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

PROBLEMAS JURÍDICOS A RESOLVER

1.- ¿Tiene competencia esta corporación judicial para pronunciarse sobre el sustituto de prisión domiciliaria fundando en el factor etario?

2.- En caso de respuesta positiva al interrogante anterior, se ha de dilucidar: ¿Hay lugar a conceder la prisión domiciliaria al señor PAPER, quien cuenta con más de 65 años de edad y ha sido condenado como autor de un delito sexual contra menor, sin consideración a la prohibición del artículo 199 de la ley 1098 de 2006?

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La defensa del señor PD deprecó ante el Juzgado de Conocimiento, dentro de la audiencia de Individualización de Pena y sentencia establecida en el artículo 447 Procesal Penal, una vez aprobado el preacuerdo de responsabilidad como autor del delito de TENTATIVA DE ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS, en modalidad AGRAVADA, que se le concediera a su cliente el sustituto de prisión domiciliaria, alegando la procedencia de la causal especial prevista en los artículos 314 numeral (2) y 461 del Código de Procedimiento Penal vigente, atendiendo que el condenado cuenta con 78 años de edad.

La Juzgadora de primer nivel negó la concesión de todo subrogado, sustituto o beneficio jurídico penal al condenado, merced a que el Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006) prohibía en su artículo 199 éste tipo de gracias a los autores de delitos dolosos atentatorios de la vida e integridad personal, la libertad individual, y de los derechos sexuales y reproductivos de menores de edad.

Concretamente respecto al tema de la prisión domiciliaria por el factor de edad, precisó su falta de competencia como Jueza de Conocimiento, ya que la ley penal atribuía dicha responsabilidad al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

Esta discusión sobre la competencia para resolver peticiones de esta índole, se encuentra relacionada con la modalidad o forma de prisión domiciliaria que se discuta, si se tiene en cuenta que en el sistema jurídico penal sustantivo y procedimental aparecen establecidas varias modalidades de la figura.

La fórmula general de prisión domiciliaria es la establecida en el artículo 38 y 38B del Código Penal, la cual aplica bajo tres presupuestos fundamentales: ⁽¹⁾Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos; ⁽²⁾Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000 y ⁽³⁾Que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado.

El artículo 38G² del mismo Código Penal, modificado por el artículo 4 de la ley 2014 de 2019, establece una modalidad de domiciliaria para

² “La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del condenado cuando haya cumplido la mitad de la condena y concurran los presupuestos contemplados en los numerales 3 y 4 del artículo 38B del presente código, excepto en los casos en que el condenado pertenezca al grupo familiar de la víctima o en aquellos eventos en que fue sentenciado por alguno de los siguientes delitos del presente código: genocidio; contra el derecho internacional humanitario; desaparición forzada; secuestro extorsivo; tortura; desplazamiento forzado; tráfico de menores; uso de menores de edad para la comisión de delitos; tráfico de migrantes; trata de personas; delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales; extorsión; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; terrorismo; usurpación y abuso de funciones públicas con fines terroristas; financiación del terrorismo y de actividades de delincuencia organizada; administración de recursos con actividades terroristas y de delincuencia organizada; financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas; fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso restringido, uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos; delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, salvo los contemplados en el artículo 375 y el inciso 2 del artículo 376; peculado por apropiación; concusión; cohecho propio; cohecho impropio; cohecho por dar u ofrecer; interés indebido en la celebración de contratos; contrato sin cumplimientos de requisitos legales; acuerdos restrictivos de la competencia; tráfico de influencias de servidor público; enriquecimiento ilícito; prevaricato por acción; falso testimonio; soborno; soborno en la actuación

condenados a penas de prisión que hayan cumplido más de la mitad de la pena, con algunas excepciones frente a delitos en particular.

Unido a lo anterior, en el Código de Procedimiento Penal (artículo 314³) aparecen establecidas otras modalidades especiales de sustitutos de la

penal; amenazas a testigo; ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio; en los delitos que afecten el patrimonio del Estado.

PARÁGRAFO. *Los particulares que hubieran participado en los delitos de peculado por apropiación, concusión, cohecho propio, cohecho impropio, cohecho por dar u ofrecer, interés indebido en la celebración de contrato, contrato sin cumplimiento de requisitos legales, acuerdos restrictivos de la competencia, tráfico de influencias de servidor público, enriquecimiento ilícito, prevaricato por acción, falso testimonio, soborno, soborno en la actuación penal, amenaza a testigos, ocultamiento, alteración, destrucción material probatorio, no tendrán el beneficio de que trata este artículo.*

³ARTÍCULO 314. SUSTITUCIÓN DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA. *(Modificado por el artículo 27 de la Ley 1142 de 2007). La detención preventiva en establecimiento carcelario podrá sustituirse por la del lugar de la residencia en los siguientes eventos:*

1. Cuando para el cumplimiento de los fines previstos para la medida de aseguramiento sea suficiente la reclusión en el lugar de residencia, aspecto que será fundamentado por quien solicite la sustitución y decidido por el juez en la respectiva audiencia de imposición, en atención a la vida personal, laboral, familiar o social del imputado.

2. Cuando el imputado o acusado fuere mayor de sesenta y cinco (65) años, siempre que su personalidad, la naturaleza y modalidad del delito hagan aconsejable su reclusión en el lugar de

3. Cuando a la imputada o acusada le falten dos (2) meses o menos para el parto. Igual derecho tendrá durante los seis (6) meses siguientes a la fecha de nacimiento.

4. <Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> Cuando el imputado o acusado estuviere en estado grave por enfermedad, previo dictamen de médicos oficiales. El juez determinará si el imputado o acusado deberá permanecer en su lugar de residencia, en clínica u hospital.

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

La detención en el lugar de residencia comporta los permisos necesarios para los controles médicos de rigor, la ocurrencia del parto, y para trabajar en la hipótesis del numeral 5.

En todos los eventos el beneficiario suscribirá un acta en la cual se compromete a permanecer en el lugar o lugares indicados, a no cambiar de residencia sin previa autorización, a concurrir ante las autoridades cuando fuere requerido y, adicionalmente, podrá imponer la obligación de someterse a los mecanismos de control y vigilancia electrónica o de una persona o institución determinada, según lo disponga el juez.

El control del cumplimiento de la detención en el lugar de residencia estará a cargo del INPEC, el cual realizará un control periódico sobre el cumplimiento de la detención domiciliaria y reportará a la Fiscalía sobre sus resultados para que si se advierten violaciones a las condiciones impuestas por el Juez se puedan adoptar las correspondientes acciones.

PARÁGRAFO. *(Modificado por el artículo 5 de la Ley 1944 de 2018). No procederá la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario, por detención domiciliaria cuando la imputación se refiera a los siguientes delitos: Los de competencia de los jueces penales del circuito especializados o quien haga sus veces, tráfico de migrante (C. P. artículo 188); acceso carnal o actos sexuales con incapaz de resistir (C. P. artículo 210); violencia intrafamiliar (C. P. artículo 229); hurto calificado (C. P. artículo 240); hurto agravado (C. P. artículo 241, numerales 7, 8, 11, 12 y 15);*

privación efectiva de la libertad intramural por la domiciliaria, atendiendo estrictas razones humanitarias basadas o fundamentadas en factores etarios (condenado con edad superior a 65 años), o el estado de gravidez de la mujer y su post parto (cuando le falten 2 meses para dar a luz y hasta 6 meses después del parto), el estado grave por enfermedad del condenado que le impida vivir en comunidad carcelaria, y finalmente para el padre o la madre que sean cabezas de familia y tengan a su cargo menores de edad o mayores que sufrieren enfermedad permanente. Si bien el artículo 314 citado regula una de las modalidades de medidas de aseguramiento de carácter personal, las que tienen vigencia durante el curso del proceso, resulta que el artículo 461 procesal penal transmutó las mismas circunstancias a causales de prisión domiciliaria, al señalar: **“SUSTITUCIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA.** *El juez de ejecución de penas y medidas de seguridad podrá ordenar al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario la sustitución de la ejecución de la pena, previa caución, en los mismos casos de la sustitución de la detención preventiva”.*

Ahora bien, con relación a la causal general de prisión domiciliaria, que es la establecida en el artículo 38 del Código Penal, ya la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en múltiples oportunidades con

abigeato (C. P. artículo 243); abigeato agravado (C. P. artículo 243-A); estafa agravada (C. P. artículo 247); uso de documentos falsos relacionados con medios motorizados hurtados (C. P. artículo 291); fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones de uso personal, cuando concorra con el delito de concierto para delinquir (C. P. artículos 340 y 365), o los imputados registren sentencias condenatorias vigentes por los mismos delitos; fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas (C. P. artículo 366); fabricación, importación, tráfico, posesión y uso de armas químicas, biológicas y nucleares (C. P. artículo 367); peculado por apropiación en cuantía superior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales (C. P. artículo 397); concusión (C. P. artículo 404); cohecho propio (C. P. artículo 405); cohecho impropio (C. P. artículo 406); cohecho por dar u ofrecer (C. P. artículo 407); enriquecimiento ilícito (C. P. artículo 412); soborno transnacional (C. P. artículo 433); interés indebido en la celebración de contratos (C. P. artículo 409); contrato sin cumplimiento de requisito legales (C. P. artículo 410); tráfico de influencia (C.P. artículo 411); receptación repetida, continua (C. P. artículo 447, inciso 1o y 3o); receptación para ocultar o encubrir el delito de hurto calificado, la receptación para ocultar o encubrir el hurto calificado en concurso con el concierto para delinquir, receptación sobre medio motorizado o sus partes esenciales, o sobre mercancía o combustible que se lleve en ellos (C. P. artículo 447, inciso 2o).

relación a la competencia de los distintos jueces para decidir estos asuntos, dependiendo la etapa en la cual se encuentre la actuación, precisando: Si la solicitud se formula antes del anuncio del sentido del fallo, debe ser resuelta por los jueces de control de garantías (Art. 154, Núm. 8 y 9, de la Ley 906 de 2004). Si se presenta después del referido acto procesal, corresponde al juez de conocimiento de primera instancia. Esto último tiene aplicación durante el trámite del recurso de apelación contra la sentencia (Cfr. CSJ SP, 25 Nov 2015, Rad. 46329 y 47003) e igualmente en el de casación (Art. 190 del Código citado). Por último, tras la firmeza del fallo, en caso de que sea condenatorio, el competente es el juez de ejecución de penas (Art. 38 y 459 y ss. del estatuto procesal en referencia)⁴.

De tal manera, queda suficientemente claro que dependiendo de la fase en la que se encuentre el asunto, se determinará a cuál de los jueces – de control de garantías, conocimiento o de ejecución de penas- le compete emitir un pronunciamiento frente al pedimento de sustitución de Prisión intramural por Domiciliaria, en su versión general.

Ahora bien, entendido lo anterior, emerge necesario determinar ¿Qué sucede en aquellos eventos en que la solicitud va dirigida a la concesión de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la ejecución de la pena intramural, en el marco de las causales especiales establecidas en el artículo 314 -en concordancia con el artículo 461- del Código de Procedimiento Penal, por factores etarios, de enfermedad grave del condenado, madre o padre cabeza de familia, embarazo y posparto?

Pues bien, esta temática tampoco es novedosa en este Tribunal, y en variados fallos se ha indicado de manera clara y precisa que a los jueces de instancia no les atañe pronunciarse sobre la sustitución de la prisión intramural por la domiciliaria, en cambio sí a los de ejecución de

⁴ Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, auto No 48349 del 19 de julio de dos mil dieciséis (2016).M. P. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA.

penas⁵, por fuerza de la expresa disposición legislativa del artículo 461 de la Ley 906 de 2004. Y así lo dispuso la jurisprudencia de la Corte en los extractos que pasamos a referir:

“Sin embargo, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala⁶, el mencionado precepto, aplicable por razón de lo dispuesto en el artículo 461 de la Ley 906 de 2004, como un mecanismo sustitutivo de la pena de prisión, solo puede ser reconocido, una vez ejecutoriada la respectiva sentencia, por el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, puesto que:

«... en el sistema de enjuiciamiento penal con tendencia acusatoria no cabe pronunciamiento alguno de los jueces de instancia sobre la sustitución de la prisión intramural por la domiciliaria por cuanto, a voces del artículo 461 de la Ley 906 de 2004, esta es una competencia reservada al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad. Únicamente, en la hipótesis de encontrar satisfechos los presupuestos normativos que regulan el instituto de la detención domiciliaria, al momento de proferir sentencia, habría lugar a conceder la sustitución de la medida, no así, la prisión domiciliaria»^{7,8} (Negrillas fuera del texto original)”⁹.

Por la misma senda, en otra oportunidad la Sala Penal de este Tribunal corroboró tal postura e indicó que:

“No obstante, otro argumento es foco de discusión por la libelista, relacionado con que LIA MARGOTH es una persona de la tercera edad por contar con 76 años, lo que remite a la Judicatura a observar lo normado en la Ley 906 de 2004 que en el canon 461 sobre la sustitución de la ejecución de la pena, dice: “Sustitución de la ejecución de la pena. El juez de ejecución de penas y medidas de seguridad podrá ordenar al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario la sustitución de la ejecución de la pena, previa caución, en los mismos casos de la sustitución de la detención preventiva”

Articulado que debe verse en armonía con el artículo 314, modificado por el artículo 27 de la Ley 1142 de 2007 que reza: “Sustitución de la detención preventiva. “La detención preventiva en establecimiento carcelario podrá sustituirse por la del lugar de residencia en los siguientes eventos:

(...)

⁵ Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pasto. Sala Penal. Sentencia 03 del 13 de marzo de 2018. Radicado 2007-83225. NI 13209. MP. SILVIO CASTRILLÓN PAZ

⁶ CSJ AP, 11 dic. 2013, rad. 41300; CSJ AP, 30 jul. 2014, rad. 38262; entre otras.

⁷ *Ibidem*

⁸ CSJ. Decisión del 3 de febrero de 2016, Rad. 45905.

⁹ Tribunal Superior Distrito Judicial de Pasto, Sala Penal, sentencia No 2014 07315 01. N.I. 15939 del 15 de noviembre de 2016. M. P. Franco Solarte Portilla.

2. Cuando el imputado o acusado fuere mayor de sesenta y cinco (65) años, siempre que su personalidad, la naturaleza y modalidad del delito hagan aconsejable su reclusión en el lugar de residencia.”

Siendo en todo caso que, tales preceptos normativos no se conjugan en competencia como primera instancia para dirimir el tema por el Juez de conocimiento sino ante el Juez de Ejecución de Penas, como acertadamente lo consideró el a quo.

Lo anterior, cobra sentido lógico a partir del mandato de competencia fijado en el artículo 478 del Código Instrumental Penal, donde se le arroga la facultad de conocimiento en segunda instancia sobre las determinaciones de tales institutos a los jueces de primera o única instancia, es decir, a quienes ejercieron la función de conocimiento.

Por lo tanto, pensar o afirmar que el Juez de conocimiento se pronuncie sobre la sustitución de la pena, sería tanto como desconocer la competencia que en segunda instancia le asigna el legislador y consecuentemente que el Tribunal asuma enalzada un conocimiento que de manera expresa se ha otorgado a otra autoridad.

Así las cosas, en último es el Juez de Ejecución de Penas, quien con base en las reglas generales de competencias del artículo 38 de la Ley 906 de 2004, quien se debe pronunciar de los institutos propios de la ejecución de la sentencia, pues precisamente esa es su razón de ser constitucional y legalmente.

(...).

Es razonable entonces que el legislador dentro del ámbito de discrecionalidad en el manejo de la potestad de configuración legislativa, limite los subrogados y sustitutos penales a través del establecimiento de unos presupuestos con miras al cumplimiento de los fines de las medidas cautelares y de la pena cuando a ésta se llega, todo encaminado a unos fines precisos de política criminal que prevenga o cuando menos controle el delito.

(...)

Por todo lo considerado, se itera, carecía de competencia el Juez de Primer Grado para resolver la solicitud aludida y su manifestación de ninguna manera riñe con el conjunto de principios y valores que integran el sistema jurídico, por el contrario se ajusta a la interpretación de la norma, sin que con ello, vulnere garantías judiciales en cabeza de la procesada, razón por la cual, la sentencia recurrida debe confirmarse en su integridad.”¹⁰. (Negrita fuera del texto original)

Más recientemente, una de nuestras Salas de Decisión Penal, precisó lo siguiente:

“En el asunto al que converge la atención de la Sala, el recurrente reclama que a su prohijado se le sustituya la ejecución de la pena intramural por la

¹⁰ Ídem, sentencia No N. I. 8534 del 28 de junio de 2016. M.P. José Aníbal Mejía Camacho.

prisión domiciliaria bajo el supuesto del numeral 4° del artículo 314, del ordenamiento evocado, que determina que la detención preventiva en centro carcelario podrá sustituirse por la del lugar de residencia “Cuando el imputado o acusado estuviere en estado grave por enfermedad, previo dictamen de médicos oficiales.”, bajo el entendido del citado artículo 461.

Si bien esta disposición autoriza la sustitución de la ejecución de la pena por la prisión domiciliaria reclamada por el recurrente, tal supuesto se puede verificar, única y exclusivamente cuando el trámite se encuentra en sede de conocimiento de los jueces de ejecución de penas y medidas seguridad.

El entendido no puede ser otro, pues el mismo precepto en que se funda tal pretensión otorga esa facultad de manera exclusiva a esta clase de jueces, evento que se verifica solamente cuando la sentencia se encuentra ejecutoriada o en firme, pues no es otra la oportunidad procesal que la especialidad de estos jueces, tienen la vocación de competencia, precisamente para conocer la ejecución de la sanción.

(...)

Vale recordar que esta Corporación, soportada en jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ya se ocupó del tema, oportunidad en la que destacó que al juez de conocimiento no le corresponde pronunciarse sobre la sustitución de la pena por la prisión domiciliaria al momento de proferir sentencia.

En efecto, esta Sala al estudiar un asunto afín, precisó que la sustitución de la ejecución de la pena es un instituto cuya concesión debe ventilarse en el escenario del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, a quien por competencia legal en su esfera se halla la ejecución de la sanción penal impuesta una vez se haya verificado la ejecutoria de la sentencia, labor que realizará con apoyo de las autoridades penitenciarias y carcelarias conforme lo ritua el artículo 459 del Código de Procedimiento Penal¹¹.”¹²

Del anterior recuento puede colegirse que la competencia para resolver peticiones de sustitución de la ejecución de la pena intramural por la prisión domiciliaria, prevista en el artículo 314 del Estatuto Procedimental Penal, en concordancia con el artículo 461 de la misma codificación, recae sobre los Jueces de Ejecución de Penas.

De cara a la resolución del asunto que convoca nuestra atención, debemos observar que en efecto esta Corporación no es competente

¹¹ Sentencia de segunda instancia de 15 de noviembre de 2016, radicación No. 2016-00591-01 N.I. 15939 MP. Dr. Franco Solarte Portilla.

¹² Sentencia No N. I. 12174 del 30 de marzo de 2017. M. P. José Aníbal Mejía Camacho.

para resolver la posibilidad de la concesión de la PRISIÓN DOMICILIARIA como sustitutiva de la pena de prisión a favor del condenado PAPD, amparado en la causal 2ª del artículo 314 del Estatuto de Procedimiento Penal, pues, como se ha dicho hasta la saciedad, la prisión domiciliaria será –eventualmente- un tema que deberá resolverse por parte del Juez de Ejecución de Penas a quien por reparto le corresponda la vigilancia del asunto, una vez ejecutoriada la sentencia.

Sin más consideraciones al respecto, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

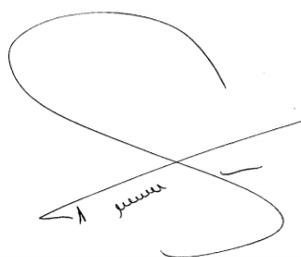
RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR en su totalidad la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto (N) el día 4 DE JUNIO DE 2020, en contra del señor PAPD, con las consideraciones especiales consignadas en éste libelo.

SEGUNDO: Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso extraordinario de casación.

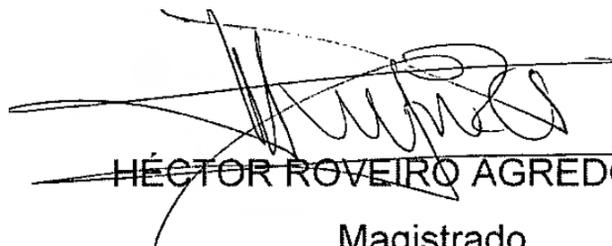
CÚMPLASE


SILVIO CASTRILLÓN PAZ
Magistrado



FRANCO SOLARTE PORTILLA

Magistrado

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Héctor Roveiro Agredo León', written over a horizontal line.

HÉCTOR ROVEIRO AGREDO LEÓN

Magistrado

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Juan Carlos Álvarez López', written over a horizontal line.

JUAN CARLOS ALVAREZ LOPEZ

Secretario

**EL SECRETARIO DE LA SALA PENAL, EN USO DE SUS FACULTADES
LEGALES,**

HACE CONSTAR

Que teniendo en cuenta las medidas establecidas en el Acuerdo PCSJA20-11567 del 05 de junio del 2020, emitido por el Consejo Superior de la Judicatura, respecto de la pandemia generada por el virus COVID 19 y aquellas propias emanadas de la Presidencia de la Sala Penal, en manera virtual se deja constancia del registro de proyecto presentado en el asunto penal de la referencia.

Pasto, 21 de julio del 2020.



JUAN CARLOS ÁLVAREZ LOPEZ
Secretario

ACTA DE SALA

El día veintitrés (23) de julio del 2020, los Honorables Magistrados SILVIO CASTRILLÓN PAZ, FRANCO SOLARTE PORTILLA y HÉCTOR ROVEIRO AGREDO LEÓN, integrantes de la Sala de Decisión Penal que preside el primero y en atención a las medidas establecidas en el Acuerdo PCSJA20-11567 del 05 de junio del 2020, emitido por el Consejo Superior de la Judicatura, como consecuencia de la pandemia generada por el virus COVID 19, de manera virtual estudiaron y aprobaron el asunto penal de la referencia.



SILVIO CASTRILLÓN PAZ
Magistrado