



***Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto
Sala Penal***

SUSTITUTO DE LA PENA DE PRISIÓN POR RECLUSIÓN DOMICILIARIA U HOSPITALARIA POR ENFERMEDAD MUY GRAVE – REQUISITOS: Debe existir un concepto de medicina legal.

No obstante lo decidido por la Corte Constitucional sobre la procedencia de decretar conceptos de médicos particulares de cara al estudio de la sustitución de la detención preventiva por estado grave de enfermedad, se considera que no es posible hacer extensivo tal pronunciamiento para decidir respecto del sustituto de prisión domiciliaria por la misma causal, debiéndose acudir a lo regulado en el artículo 68 del C.P.; considerándose que no hay lugar a otorgar este beneficio, en tanto no se cumplen los requerimientos exigidos en dicha norma, al haberse aportado un dictamen emitido por médico particular y no por un galeno adscrito a medicina legal a fin de establecer las situaciones de salud en que se encuentra el condenado, así como su incompatibilidad con la situación de reclusión.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN PENAL**

Magistrada Ponente	: Dra. Blanca Lidia Arellano Moreno
Proceso No.	: 520016116211 2017 80999 01
Numero Interno	: 24500
Procesado	: MÁPBa
Conducta	: Acto Sexual Violento
Aprobado	: Acta No. 17 de 12 de agosto de 2020

San Juan de Pasto, dieciocho (18) de agosto de dos mil
veinte (2020)

OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO

Se ocupa la Sala de resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa del señor Miguel Ángel Palacios Botina, contra la decisión proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto – Nariño, mediante la cual se resolvió negar la concesión del subrogado de prisión domiciliaria por el estado de grave enfermedad.

1. ANTECEDENTES

1.1. HECHOS

Los hechos se describen en la sentencia de primera instancia¹ de la siguiente manera:

“El día 8 de diciembre de 2017 DMO se encontraba junto con unos conocidos departiendo licor en un apartamento del barrio Mijitayo de la ciudad de Pasto, al irse a recostar a una de las habitaciones, el procesado MÁP entra a la habitación donde encuentra a la víctima, toca de forma libidinosa la partes íntimas de DM, al negarse a tener relaciones sexuales la apuñala en la pierna y glúteos. La víctima logra escapar del victimario, en razón de sus gritos recibe ayuda, concurre personal de la policía quien captura en flagrancia a PB.”

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Como consecuencia de los anteriores hechos, el día 09 de diciembre de 2017, el Juzgado Promiscuo Municipal de Sandoná – Nariño con Funciones de Control de Garantías de turno en la ciudad de Pasto, en audiencia pública decidió declarar la legalidad del procedimiento de captura del señor MÁPB; en la misma actuación la Fiscalía General de la Nación a través de su delegado imputó al procesado el delito de Acto sexual violento, en concordancia con el artículo 206 del Código Penal, a título de autor, bajo la modalidad dolosa. Dentro de la audiencia de imposición de medida de aseguramiento se resolvió

¹ Folio 175.

ordenar la detención preventiva en el lugar de residencia del imputado.

Continuando con el trámite del proceso penal, el 21 de mayo de 2018, el Fiscal Sesenta Seccional Caivas de Pasto presentó el escrito de acusación en contra del señor MÁPB, por lo que procedió el despacho de primera instancia a fijar fecha para la audiencia de formulación de acusación para el 27 de julio de 2018, diligencia en la cual se realizó acusación formal al procesado, como autor del delito de Acto sexual violento previsto en el artículo 206 de C.P, en concurso heterogéneo con el delito de lesiones personales art. 111 C.P y además las penas accesorias del artículo 44 y 52 C.P., sobre la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, en este punto se declaró legal la formulación y se señaló fecha de audiencia preparatoria para el día 31 de agosto de 2018, misma que por acuerdo mutuo entre Fiscalía y defensa fue aplazada para el día 24 de septiembre de esa misma anualidad.

Una vez instalada la audiencia preparatoria en la fecha prevista, se realizó el descubrimiento probatorio por parte de la defensa, así como la enunciación de la totalidad de pruebas que Fiscalía y defensa pretendían hacer valer en Juicio Oral; en cuanto a estipulaciones probatorias únicamente se concertó lo referente a la plena identidad del acusado. Por último y después de que las partes efectuaran las

respectivas solicitudes probatorias, la judicatura de instancia fijó fecha para audiencia de Juicio Oral para el día 22 de noviembre de 2018, diligencia que cabe resaltar fue aplazada en 3 ocasiones por distintas eventualidades.

Finalmente, debido a que el día 08 de marzo de 2019 el representante de la Fiscalía, la defensa y el procesado suscribieron un acta de preacuerdo, la cual fue radicada el día 22 de abril de 2019 ante el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto. Como consecuencia se fijó fecha para audiencia de verificación de preacuerdo, individualización de la pena y lectura de sentencia para el día 24 de mayo de 2019.

A través de dicha diligencia, el señor MÁPB aceptó la imputación que enseguida se registra y a cambio la Fiscalía le reconoce una situación que da lugar a un apena más benigna, esto es, la consecuencia punitiva de la tentativa contenida en el inciso segundo del artículo 27 del Código Penal, por lo que se pacta una pena de 42 meses de prisión.

Así, en la mentada actuación, la Fiscalía hizo una modificación en la acusación en atención al principio de congruencia, esto es, no afectar o agravar o adicionar delitos que no fueron formulados en la imputación, manteniendo únicamente el delito de Acto sexual violento, en calidad de autor bajo la modalidad de dolo. El Juez de primera instancia decidió dar aprobación al

preacuerdo nombrado y ejerció un control formal sobre el convenio pactado al encontrarlo ajustado a derecho.

Dentro de aquellas audiencias, la defensa sustentó una solicitud encaminada a que se reconozca a su representado el mecanismo sustitutivo de la reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave²; petición que primeramente la fundamentó en el artículo 314 numeral 4 del Código de Procedimiento Penal (*sic*), para lo cual allegó el dictamen pericial expedido por el Dr. Álvaro Chaves Cabrera, en el cual conceptúa que el señor MPB padece una muy grave enfermedad con alto riesgo de suicidio, denominada *trastorno depresivo recurrente grave*, situación que adujo sería contraindicada a la reclusión carcelaria intramural, ya que el hoy sentenciado podría atentar contra su vida, al igual que ello implicaría la suspensión del tratamiento requerido, por el alto costo del medicamento suministrado y la precariedad de los centros de reclusión.

Frente a lo mentado el funcionario judicial decidió negar al condenado el subrogado de suspensión condicional de la ejecución de la pena y el mecanismo sustitutivo de prisión domiciliaria por un estado de grave enfermedad, esto debido a que no se certificaba que el padecimiento de salud del señor MÁPB llegue al nivel de impedir su convivencia en un establecimiento carcelario, haciendo precisión al

² Audio de audiencia de Verificación de preacuerdo y lectura de sentencia, Parte Min. 14:45.

artículo 68 del Código Penal donde realmente se encuentra contemplado el mecanismo sustitutivo solicitado.

Contra esta decisión se interpuso recurso de apelación por parte de la Defensa, lo que ha dado lugar al arribo del expediente a esta instancia para revisión en alzada de lo relativo a la concesión del mecanismo sustitutivo de prisión domiciliaria por el estado grave de enfermedad, que se dice padece el ahora condenado.

1.3. PROVIDENCIA OBJETO DE IMPUGNACIÓN

De conformidad con los audios que militan dentro del expediente³, el señor Juez de primera instancia, realizó un recuento fáctico y procesal, presentó las posiciones que frente al caso concreto expusieron la Fiscalía y la defensa, luego de lo cual profirió fallo condenatorio en contra del señor **MÁPB**.

El Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto (N), se pronunció frente al punto objeto de controversia; en primer lugar resaltó que si bien la defensa con fundamento en el numeral 4 del artículo 314 de C.P.P, solicitó se otorgue al procesado la prisión domiciliaria por encontrarse en estado de enfermedad grave incompatible con el sitio de reclusión carcelaria, tal requerimiento se debe evaluar según lo reglado en el

³ Audio de audiencia de Verificación de preacuerdo y lectura de sentencia. Parte 2. Min: 2:37.

artículo 68 del Código de Penal y tras desarrollar la totalidad de la norma, puso de presente que a fin de acreditar este padecimiento la representante legal de los intereses de MP allegó un dictamen médico suscrito por el Dr. Álvaro Chávez Cabrera, historia clínica expedida por el hospital San Rafael en donde se informa que el procesado, presenta un cuadro de depresión, a partir de Diciembre de 2017, fecha en la que ocurrieron los hechos, asimismo da cuenta de que el perito rindió concepto en razón a que el procesado presentaba un cuadro depresivo por el motivo de tener que purgar una pena en un centro de reclusión carcelaria.

Se resaltó que si bien como lo ha estableció la Corte Constitucional y lo trajo a colación en su momento la defensa, se debe propender por el derecho a la vida en condiciones de dignidad del procesado, también hay otros intereses de igual valía, como es el derecho de las víctimas a sentirse satisfechas en su componente justicia, pues Colombia cuenta con una amplia carga internacional, que simpatiza por la protección de las mujeres y evitar tratos degradantes, violatorios y atentatorios contra todos sus derechos así como el de castigar, sancionar y prevenir todo acto de agresión física, psicológica o sexual que se presente en contra de las ellas, estando inmersa ahí la razón por la cual dentro del inciso 2 del artículo 68 A C.P, se haya establecido la prohibición de otorgar beneficios como los sustitutos o subrogados penales, cuando se proceda por conductas que atenten contra la libertad, integridad y formación sexual, en acatamiento a lo establecido en la convención *Belén do para*.

Sostuvo el *A quo* que para el caso no se encontró acreditado que efectivamente MÁP, presente un cuadro depresivo o una enfermedad incompatible con el sitio de reclusión carcelario, teniendo en cuenta que el dictamen médico rendido por el Dr. Álvaro Chávez, no se explica la ciencia, los grados de aceptación, el grado de probabilidad, ni cuál fue el método que aplicó para dar una conclusión, incluso adujo no ser contundente en expresar la causa de la enfermedad grave, simplemente manifiesta que puede haber un riesgo de suicidio para el ciudadano, pero como se expresó dentro del mismo informe la condición del suicidio o intentos de suicidio no surge a causa de una patología mental, sino que surgió ante la idea de ser recluso en un establecimiento carcelario.

En armonía con lo anterior, concluyó que acceder a la pretensión de la defensa implicaría enviar un mensaje equivocado a la sociedad, esto es, que los atentados contra las mujeres pueden quedar impunes y las personas pueden no purgar su pena en un sitio de reclusión carcelaria que es donde efectivamente deberían hacerlo.

En definitiva, el despacho de conocimiento no atendió de manera favorable la solicitud de la defensa de conceder el sustituto de la prisión domiciliaria y en consecuencia decidió que el hoy sentenciado debía purgar su pena en privación efectiva de la libertad en centro de reclusión carcelaria designada por el INPEC.

1.4. SUSTENTACIÓN DE LA IMPUGNACIÓN

La abogada defensora, se aparta de la decisión adoptada en primera instancia por el Juez Cuarto Penal del Circuito de Pasto (N); expuso su recurso de apelación⁴ en los siguientes términos:

En primer lugar, respecto del mecanismo sustitutivo de la pena, sostuvo que la jurisprudencia ha sido clara en enseñar que existe una posibilidad de otorgar una reclusión domiciliaria u hospitalaria por una enfermedad muy grave, situación que adujo efectivamente se ha probado tanto por los médicos tratantes del hospital San Rafael como también con el concepto médico legal aportado del Dr. Álvaro Chávez pues dispuso que existe concretamente un trastorno depresivo recurrente en el señor MPB, patología que le impediría purgar su pena dentro de un establecimiento carcelario, debido al número de intentos de suicidio que ha presentado.

Asimismo expuso que su representado no va a recibir la misma atención por personal del INPEC, que por su familia, toda vez que el medicamento que recibe debe ser dado a las horas establecidas bajo un cuidado intensivo y debidamente justificado por un psiquiatra, conforme se ha hecho hasta la fecha, así como también manifestó que debe asistir recurrentemente a un tratamiento de hospital - día de 8 am a 5 pm, cuidados que adujo, el INPEC no está en condiciones de proporcionar, por lo que solicitó se atienda

⁴ Audiencia de verificación de preacuerdo y lectura de sentencia. Parte 2. Min 12:03.

de manera favorable su petición teniendo en cuenta todos los elementos materiales probatorios aportados.

1.5. INTERVENCIÓN DE LOS NO APELANTES

1.5.1. Fiscalía:

Solicita respetuosamente a esta Sala mantener la decisión proferida por el Juzgado Cuarto Penal de Circuito, argumentando que ésta se fundamentó principalmente en lo establecido en el artículo 68 del Código Penal, el que determina los requisitos necesarios para el otorgamiento del mecanismo sustitutivo de la reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave, los cuales fueron uno a uno desvirtuados por el juez de instancia.

Así mismo expuso que no se ha podido acreditar en debida forma que el trastorno depresivo recurrente grave del cual al parecer sufre el señor MÁP sea una enfermedad incompatible con el establecimiento de reclusión o ponga en riesgo evidente su salud o vida, pues como lo expresó el Juez el conocimiento, el INPEC cuenta con las condiciones necesarias para garantizar el tratamiento requerido y proporcionar los medicamentos a la hora establecida por el médico tratante, en tanto será atendido por profesionales que se encuentren vinculados o prestando el servicio salud en el establecimiento carcelario⁵.

1.5.2. Representante de víctimas.

⁵ Ibídem, Min: 15:00.

Resaltó que se debe tener en cuenta que para este tipo de solicitudes una de las características fundamentales es que el padecimiento del condenado sea incompatible con la vida en reclusión, por lo cual respalda los argumentos de la Fiscalía y el señor Juez de instancia, pues según expone no ha quedado totalmente acreditado que el padecimiento del condenado corresponda a una enfermedad grave incompatible que no pueda tratarse en el establecimiento carcelario.

Insistió igualmente que el INPEC es el encargado de garantizar todos los derechos fundamentales del procesado, entre ellos uno de los más importantes que es la salud mental del mismo, como una de las obligaciones de la unidad de servicios penitenciarios y carcelarios, ante lo cual alegó que en ningún momento se han allegado elementos materiales probatorios que prueben que en efecto, la referida entidad no pudiere cumplir con estos procedimientos, pues simplemente se habló de unos supuestos que para la defensa harían pensar que en el establecimiento carcelario el cumplimiento del tratamiento no sería posible, sin embargo reiteró es claro que éste cuenta con un médico psiquiatra que se encarga de adelantar la vigilancia y el tratamiento a los reclusos que lo requieren.

Por lo anterior concluyó que no se avizora necesidad alguna para que el sentenciado continúe con la medida o la prisión domiciliaria para efectos del cumplimiento de la condena; por otro lado señaló es muy importante tener en cuenta que al velar por los derechos de la víctima en este

tipo de delitos, no procede otorgar ningún tipo de beneficio o subrogado al condenado, toda vez que existe una prohibición expresa tanto en el Código Penal y de Procedimiento Penal como también en las normas internacionales que protegen y ordenan al estado erradicar todo tipo de violencia contra la mujer por lo que solicitó mantener la decisión de primer grado⁶.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. COMPETENCIA

Según lo normado en el art. 34-1 de la Ley 906 de 2004, es competente esta Sala para resolver el recurso de apelación formulado en contra de la providencia proferida por el señor Juez Cuarto Penal del Circuito de Pasto (N), a través de la cual se negó al señor MÁPB la concesión del subrogado de prisión domiciliaria por enfermedad muy grave previsto en el artículo 68 del C.P.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

La Sala se plantea examinar, si se cumplen los requerimientos exigidos en el artículo 68 de Código Penal para la concesión de la reclusión domiciliaria por enfermedad muy grave a favor del señor MÁPB.

Derivado del anterior cuestionamiento y a fin de arribar a una solución al mismo se determinará si procede valorar el concepto médico aportado por la defensa, para

⁶ Ibídem, Min: 17:16.

sustentar la concesión del instituto jurídico que se regula en la norma prementada.

2.3 FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y JURISPRUDENCIALES

2.3.1. La detención domiciliaria y Prisión Domiciliaria, institutos diferentes.

De conformidad con nuestro actual Sistema Penal Oral Acusatorio se tiene que tanto por el momento de aplicación de cada uno de estos institutos, como por el fin que persiguen, corresponden ellos a dos figuras independientes y diferentes, reguladas por normas y disposiciones legales distintas sustancialmente que requieren para su concepción el cumplimiento de diversos requisitos, con funcionarios judiciales determinados para su otorgamiento.

Frente al presente asunto resulta pertinente traer a colación la decisión AP4276—2014, Rad 38262, de la Corte Suprema de Justicia donde se diferencia estas dos instituciones:

*“Así, mientras **la detención domiciliaria** (arts. 307 y 314 del C.P.P.) tiene que ver con la imposición de una medida de aseguramiento privativa de la libertad en el trámite de un proceso no terminado, con el fin de evitar la obstrucción del debido ejercicio de la justicia, impedir que el imputado se constituya en un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima, y garantizar al tiempo la comparecencia a juicio y eventualmente el cumplimiento de la sentencia; **la prisión domiciliaria** (art. 38 del C.P.), se relaciona con la sentencia que el juez de conocimiento adopta como culminación del*

juicio oral, en la cual decide, atendiendo el monto mínimo de la pena prevista para la conducta realizada y el cumplimiento de los demás presupuestos establecidos en la ley, que el condenado cumpla el tiempo de privación de la libertad en el lugar de residencia o morada, o en el sitio que él decida.”

En lo concerniente, la Corte Suprema se ha pronunciado⁷ sobre las diferencias entre la prisión domiciliaria y la detención domiciliaria, diciendo que: *“(...) una cosa es la detención domiciliaria, que procede en el trámite del proceso y otra, muy distinta, la prisión domiciliaria que procede para la ejecución de la pena (...) la detención domiciliaria responde a unos fines específicos, aquellos señalados en el citado artículo 314, distintos a los fines de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección del condenado, que se activan en el momento de la imposición de la pena de prisión (...)”*

2.3.2. El mecanismo sustituto de la pena privativa de la libertad de la reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave

La Corte Suprema de Justicia ha establecido como requisitos para la concesión del mecanismo sustitutivo de prisión domiciliaria por estado grave de enfermedad los siguientes:

“(...) [E]n el ámbito punitivo, cuando el condenado se encuentre aquejado por una enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión formal, dispone el art. 68 del C.P., el juez podrá autorizar la ejecución de la pena privativa de la libertad en la residencia del

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sentencias de agosto 31 de 2005 Rad. 21.720 y junio 1° de 2006 Rad. 24.764; M.P. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez.

penado o en centro hospitalario determinado por el INPEC.

Para la concesión de este beneficio, continúa la norma, debe mediar concepto de médico legista especializado y se exigirá que se garantice mediante caución el cumplimiento de las obligaciones previstas en el art. 38-3 ídem.

El juez, resaltase, habrá de ordenar exámenes periódicos al sentenciado a fin de determinar si la situación que dio lugar a la concesión de la medida persiste.

En el evento de que la prueba médica arroje evidencia de que la patología que padece el sentenciado ha evolucionado al punto que su tratamiento sea compatible con la reclusión formal, revocará la medida.”⁸

Debe resaltarse que resulta necesario que el condenado se encuentre sufriendo un quebrantamiento de salud psíquico o físico que permita ser considerado “*muy grave*”, esto es –según importante doctrinante nacional–, “*se requiere un padecimiento que tenga la hondura suficiente para motivar el cambio de sitio de reclusión, de tal manera que – así el condenado no esté en inminente peligro de muerte – no sea viable permanecer en el centro penitenciario que se le asigna, sea por la carencia de medios para darle el tratamiento requerido, sea porque a pesar de que dicho centro los posea el mal sufrido impida continuar con su vida en reclusión; al efecto, el juzgador se debe auxiliar del perito o médico especializado oficial*”⁹.

⁸Sala de Casación Penal, Sentencia del 17 de abril de 2012, Impugnación N° 59.780.

⁹ VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. “*MANUAL DE DERECHO PENAL – PARTE GENERAL*”. Cuarta edición actualizada. Ediciones Jurídicas ANDRES MORALES. Bogotá D.C- 2010. Página 788.

De esta manera, quien aduzca a su favor el padecimiento de una enfermedad grave incompatible con la vida en un establecimiento carcelario, debe demostrar mediante un concepto de médico legista especializado que dicho padecimiento es de tal connotación que impida llevar una vida saludable y merezca ser atendido transitoria o permanentemente en un sitio con las condiciones y características necesarias para su tratamiento, las cuales no pueden ser ofrecidas por el establecimiento de reclusión, pues en palabras de la H. Corte suprema de Justicia *“la situación de grave enfermedad, per se, no es suficiente para conceder la reclusión domiciliaria u hospitalaria, es necesario, además, que “la misma sea incompatible con la vida en reclusión formal”*¹⁰.

Respecto del asunto la Corte Constitucional se ha pronunciado frente a los requisitos que permiten el acceso a este beneficio en los siguientes términos:

“Reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad grave

La legislación penal colombiana permite que, cuando la persona privada de la libertad presente una enfermedad grave, se autorice el traslado a su domicilio o un centro hospitalario, donde se continuará con la ejecución de la pena privativa de la libertad. Este subrogado penal se encuentra contemplado en el artículo 68 de la Ley 599 de 2000.

Los requisitos para acceder a este mecanismo sustitutivo son los siguientes: (i) la enfermedad que padece la persona

Ahora la abogado defensora de los intereses jurídicos de MIGUEL ÁNGEL PALACIOS BOTINA ha argumentado en su escrito de apelación que a su cliente se le debe reconocer el sustituto de prisión domiciliaria por padecer de un estado grave de enfermedad, pues dicho padecimiento (trastorno depresivo recurrente) resulta incompatible con la vida en reclusión, de manera que la misma no puede ser tratada dentro del establecimiento carcelario donde se encuentra recluido.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia SP, 9 dic. 2010, rad. 35.011.

privada de la libertad debe ser considerada como “muy grave”; (ii) su tratamiento ha de ser incompatible con las condiciones del centro de reclusión; y (iii) por último, debe existir un concepto de medicina legal.”¹¹

2.3.3. Sustitución de la detención preventiva por estado grave de enfermedad como medida de aseguramiento.

De conformidad con el artículo 314 numeral 4 de la ley 906 de 2004, la figura de la detención preventiva en establecimiento carcelario como una medida de aseguramiento privativa de la libertad dispuesta en el trámite del proceso penal¹², puede sustituirse con la detención en el lugar de la residencia del imputado o acusado cuando se encuentre en estado grave de enfermedad, circunstancia que debe encontrarse demostrada, y tras su respectiva valoración corresponde al juez determinar el lugar en el cual cumplirá su confinamiento el procesado residencia, clínica u hospital.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha establecido que este instituto procederá siempre que de “*las pruebas legalmente establecidas se verifica inconcuso que la persona no solo padece grave enfermedad, sino que ella es incompatible con la reclusión, no existe ninguna posibilidad de soslayar la sustitución de la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, simplemente porque de negarse ella se incurre no sólo en atentado ostensible contra el principio de dignidad humana, sino que se pone en*

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia T- 265 de 2017.

¹² Artículo 307, Código de Procedimiento penal.

peligro la vida del recluso y, finalmente, se le somete a un trato cruel, inhumano y degradante.¹³

Frente al requisito dirigido a que el dictamen aportado para la obtención de este beneficio sea emitido por un médico oficial, la Corte Constitucional dispuso en su sentencia C-163 de 2019, lo siguiente:

*“24. El precepto impugnado señala: “[l]a detención preventiva en establecimiento carcelario podrá sustituirse por la del lugar de la residencia en los siguientes eventos:... 4. Cuando el imputado o acusado estuviere en estado grave por enfermedad, **“previo dictamen de médicos oficiales”** (resaltado fuera de texto). A juicio de la Corte, la disposición es ambigua, pero esta indeterminación no se deriva de una palabra en particular ni del orden de las palabras dispuesto por el Legislador. El texto normativo es contextualmente ambiguo porque en su conjunto, como lo sostiene la segunda de las posiciones entre los intervinientes (supra 4.2.3.), admite dos significados distintos, con efectos jurídicos notablemente distintos.*

Está claro que el precepto acusado exige el dictamen de médicos oficiales para acreditar que el imputado o acusado se encuentra en estado grave por enfermedad. Sin embargo, no lo está si la disposición también permite a las partes y al juez recurrir a peritajes de médicos particulares, en el trámite de la sustitución de la detención carcelaria por la domiciliaria. El enunciado normativo admite, por lo tanto, dos interpretaciones: (i) el único medio de prueba válido para acreditar el estado grave por enfermedad del procesado es el dictamen de médicos oficiales; (ii) además del dictamen de médicos oficiales, las partes y el juez también pueden presentar y decretar, respectivamente, dictámenes de peritos particulares, con la finalidad de controvertir o complementar el concepto oficial.

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente Gustavo Enrique Malo Fernández, Rad 41201 del 15 de mayo de 2013.

...() En consecuencia, el sentido del fragmento acusado, con arreglo al cual el único medio de prueba válido para acreditar el estado grave por enfermedad del procesado es el dictamen de médicos oficiales, coarta los derechos de las partes a probar y a que el funcionario judicial decrete las pruebas necesarias, pertinentes y conducentes para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos. En el plano del derecho a la prueba, la incidencia en sus ámbitos de garantía impacta el debido proceso y el derecho de defensa y, como efecto, también se restringe el derecho fundamental de acceso a la justicia. Por lo tanto, al vulnerar el debido proceso probatorio, bajo esta interpretación, la disposición también desconoce el derecho de defensa y el acceso a la justicia.

24.2. *Por el contrario, la segunda interpretación, según la cual, además del dictamen de médicos oficiales, que debe necesariamente allegarse, las partes pueden solicitar y allegar y al juez le asiste la facultad de decretar los conceptos de médicos particulares, es acorde con el esquema de garantías que rodean la imposición y sustitución de la detención preventiva y resulta compatible con la Constitución. En los términos en que se mostró, el trámite que se examina se caracteriza porque hay lugar a un debate argumentativo y probatorio entre los adversarios, sobre los supuestos de hecho que dan lugar a la concesión del beneficio. Por otro lado, al permitir el empleo de dictámenes privados, distintos a los oficiales, se salvaguarda a las partes el derecho a que sus solicitudes puedan estar respaldadas no solo en adecuados argumentos sino también sustentadas en evidencias probatorias que las justifiquen. Así mismo, se protege el derecho sustancial y el principio de eficacia de los derechos, en la medida en que el juez también se encuentra obligado a ordenar la práctica de las pruebas necesarias para la determinación acerca de las condiciones de salud del imputado o acusado.”*

Con lo preceptuado la Alta Corte decidió declarar exequible el aparte demandado en el entendido de que también se pueden presentar peritajes de médicos particulares.

No obstante, lo anterior se denota que la amplitud en la exigencia del concepto pericial que puede adelantarse a través de médicos particulares, a criterio de esta Sala no se hace extensiva al instituto de la prisión domiciliaria regulado en el artículo 68 del C.P., que como atrás resaltamos tiene finalidades y funciones diferentes a la detención domiciliaria que corresponde a una medida preventiva aplicable en una fase en que el principio de presunción de inocencia opera en su totalidad.

Sumado a lo anterior, no se hace extensiva la interpretación constitucional por voluntad de la misma Corporación Guardiana de la Carta Política, en la medida en que no acudió a realizar una integración normativa entre el artículo 314-4 de la Ley 906 de 2004 y el artículo 68 del C.P., nótese también que se trata la primera de una norma procedimental mientras que la segunda se encuentra contenida en el estatuto penal sustancial, de tal forma que no corresponde ante esta situación jurídica hacer extensivo el pronunciamiento constitucional para aceptar el concepto médico particular.

2.4. CASO CONCRETO

Primeramente, debe indicarse, que en desarrollo del principio de dignidad humana y de la prohibición constitucional de que ninguna persona puede ser sometida a penas y tratos crueles, inhumanos o degradantes, el legislador estableció en el numeral cuarto del artículo 314 del Código de Procedimiento Penal, modificado por la Ley

1142 de 2007, que la detención preventiva en establecimiento carcelario puede sustituirse por la del lugar de residencia, en el caso en que el imputado o acusado padezca de una grave enfermedad que sea incompatible con la vida carcelaria, previo dictamen proferido por un funcionario oficial o particular según la providencia esbozada anteriormente. A su vez, de forma independientemente el Código Penal, en su artículo 68, establece que el Juez de Conocimiento o el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad pueden autorizar la ejecución de la pena de prisión impuesta a un condenado en el lugar de su residencia o en un centro hospitalario, en los eventos en que se encuentre aquejado por una enfermedad muy grave, siempre que resulte incompatible con la vida en reclusión formal.

Los aspectos jurídicos fundamentales planteados por la Defensa en su escrito de impugnación se encuentran orientados a la posibilidad de obtener para su cliente MÁPB la prisión domiciliaria hospitalaria, pues presuntamente lo aqueja una enfermedad que es incompatible con la vida en un establecimiento carcelario. Respecto a la anterior solicitud, el Juez de Primera Instancia decidió negar la concesión de dicho sustituto con el argumento toral de que el padecimiento que sufre el condenado no constituye un estado grave de enfermedad, pues de los elementos materiales probatorios que se allegaron al proceso no se acreditó efectivamente la incompatibilidad de su enfermedad con la vida en reclusión carcelaria.

Ahora bien, distanciándose de la decisión de primer grado, la abogada defensora de los intereses jurídicos de MÁPB insiste en su recurso de apelación que a su cliente se le debe reconocer el sustituto de prisión domiciliaria por padecer de un estado grave de enfermedad, pues dicho padecimiento (trastorno depresivo recurrente) resulta incompatible con la vida en reclusión, de manera que la misma no puede ser tratada dentro del establecimiento carcelario.

Una vez precisado lo anterior, llama la atención de la sala lo referente a la sustentación de la solicitud realizada por la defensa de PB, en cuanto a que su fundamento central se basó en el artículo 314-4, del Código de Procedimiento penal, disposición que de conformidad a la normatividad y jurisprudencia esbozada párrafos atrás, corresponde a uno de los sustitutivos de la detención preventiva, figura que no se enmarca dentro de la etapa que en su momento se estaba evacuando, esto es, sentencia condenatoria, tiempo en que para dichos pedimentos ya se requiere de la aplicación de lo contenido en el artículo 68 del Código Penal como uno de los mecanismos sustitutos de la pena privativa de la libertad, siendo el instituto idóneo para esta oportunidad la reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave, como así efectivamente lo enmarcó el señor Juez de conocimiento.

De manera previa es sano recordar que la postura jurídica conforme la cual en el presente evento se trata de dar aplicación al Artículo 68 de la Ley 599 del 2000 y no al numeral 4 del Artículo 314 de la Ley 906 de 2004, ya ha

sido objeto de pronunciamiento por esta Sala Penal y es así como en decisión con ponencia del H. Magistrado Franco Solarte Portilla¹⁴ se dijo:

*“Las citas –como ya fue advertido- sirven para arraigar la competencia para escudriñar el asunto en esta Corporación, como para puntear a la luz de qué presupuestos debe ser estudiada una petición que toque con la libertad del procesado, pues es que en tanto **ya ha sido exhibida la declaración de responsabilidad, la labor ya no puede ser erigida a partir de lo que las medidas precautelares** dictan, sino como lo hacen que **los subrogados y sustitutos penales**; eso es así, porque con ese pronunciamiento judicial con el que **fulmina en la primera instancia el proceso, la reclusión del encausado se hace en función del cumplimiento de la sanción impuesta, en tanto ya fue vencido por la pretensión estimatoria del Estado**, esto es, **se habla ya del tratamiento penitenciario propiamente dicho, y no de la inferencia razonable de autoría o participación** y de los peligros de obstrucción a la justicia, de la fuga o no comparecencia y de seguridad para la sociedad y las víctimas, tal cual así se analiza en tratándose de las medidas de aseguramiento.” Subrayas y negrita por fuera del original.*

De ese modo confirmamos la tesis conforme la cual posterior a la sentencia de condena y aún desde el momento mismo en que se enuncia el sentido del fallo, la solicitud respecto del sustituto domiciliario no puede ser tramitada como si se estuviera en el escenario previo a la sentencia condenatoria, sino que adquiere los principios y fines que son propios al cumplimiento de la sanción penal, llegando nuevamente a la precisión de que en el presente evento, mal elevada fue la petición por parte de la abogada defensora.

¹⁴ Auto interlocutorio segunda instancia, procesado Fabián Estrada de La Cruz y otro, radicación No. 2015-00235-01 N.I. 18324, de fecha 17 de abril de 2017.

Ahora bien, eventualmente se podría argumentar que con la emisión de la sentencia C-163 de 2019, dado el tipo de raciocinios que aporta, respecto del Artículo 314 de la Ley 906 de 2004, podría aplicarse por vía de analogía, al 68 del Código Penal, empero la Sala considera que esta posibilidad no resulta procedente, en tanto las sentencias de constitucionalidad al analizar la exequibilidad de una o varias normas concretas, limitan las repercusiones a ellas declarando su conformidad con la constitución, modulándolas, integrando las consecuencias a otras normas por su estrecha afinidad o declarando su inexequibilidad, empero si se revisa con minucia el referido fallo, diáfano resulta establecer que no se realizó un análisis integrador de otras normas, pues su parte motiva y resolutive apuntaron directamente a modular la interpretación que se le debe dar al mentado artículo, sin hacer ningún tipo de alusión respecto de que sea morigeradora de otra norma penal en la parte sustancial o procesal, con lo que se debe entender que el tenor literal del Artículo 68 prenombrado continúa vigente acorde lo expidió el legislador.

En ese orden, la Sala mantiene el criterio expuesto en precedencia¹⁵, por lo cual se centrará en el examen concerniente al sustitutivo enmarcado conforme a las exigencias del artículo 68 del C.P., norma que al igual que lo prevén los Artículos 24, 106 y 107 de la Ley 1709 de 2014, son coincidentes en requerir, para cada específica situación, del dictamen emitido por galeno adscrito al

¹⁵ Ibidem

cuerpo de medicina legal a fin de establecer las situaciones de salud que pesen sobre el ya sentenciado, reafirmando la idea de que en este tipo de situaciones resulta imprescindible arrimar como medio de convicción la puntual revisión oficial.

Siendo así, continua vigente la aplicación del precedente jurisprudencial que fija el derrotero frente al análisis de los requisitos a cumplir para la aplicación del Artículo 68 de la normatividad penal, por lo cual la Colegiatura se remitirá a los mismos a fin de establecer si el sentenciado puede ser beneficiario del sustitutivo hospitalario, debiéndose establecer si “**(i)** *la enfermedad que padece la persona privada de la libertad debe ser considerada como “muy grave”;* **(ii)** *su tratamiento ha de ser incompatible con las condiciones del centro de reclusión; y* **(iii)** *por último, debe existir un concepto de medicina legal.*”¹⁶.

Para el presente evento, en consideración a razones de eficiencia, iniciaremos el estudio por el tercer requisito, ya que, a falta de uno cualquiera de ellos, no es procedente conceder el sustituto. Así pues, de la revisión del dictamen aportado por la defensa es evidente que fue elaborado por el médico especialista Álvaro Chaves Cabrera, quien lo realizó a petición de la parte interesada y de forma extraoficial, sin acudir a los expertos adscritos a Medicina Legal, hecho que sin lugar a dudas configura motivo suficiente para consolidar que no cumple con el canon legal que viabilice, a lo menos su estudio.

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia T- 265 de 2017.

No está por demás recordar que la anterior conclusión fue a la misma que llegó la Sala en la providencia anteriormente citada, siendo que en ese momento se plasmó los siguientes dichos:

“Así las cosas la privación de la libertad que pudiera aparejar situación como la que es alegada por la recurrente sobre el estado de sanidad mental de su prohijado que hubo de acaecer con posterioridad a la sentencia condenatoria de primer nivel, que deba ser replegada por el funcionario judicial, debe estar precedida por la valoración correspondiente de Medicina Legal, allí donde puede aseverarse sin temor a equívocos que opera una verdadera tarifa legal positiva, porque solamente el dictamen de ese instituto es valedero, y ese es el medio de conocimiento que ahora mismo se extraña, que no puede ser suplido...”

Ergo, por esa precisa razón no podía asentirse al pedido de la disidente ante la falta del elemento materia de prueba requerido para estos menesteres, por lo cual estuvo acertada la decisión de primera instancia en la forma y términos como se conoce, porque la reclusión domiciliaria por el estado de sanidad demanda del concepto del médico legisla especializado en el ramo que devenga pertinente; empero, ello no obsta para que nuevamente un pedido así pueda ser ahora elevado con las formalidades legales ante el juez que ha de estar vigilando la ejecución de la pena del condenado, como también para que ante esa Judicatura y las autoridades carcelarias, si aún no se ha hecho, se disponga su remisión a los galenos que han de tratar sus eventuales padecimientos.”¹⁷

En otros términos, a falta del dictamen emitido por medicina legal conceptuando respecto de la gravedad en la condición de salud que padece el sentenciado, así como su incompatibilidad con la situación de reclusión, improcedente resulta efectuar mayores análisis en punto del tema, puesto que se carece del elemento de

¹⁷ Ibidem

conocimiento fundamental para ese menester. Esta posición por supuesto, implica que la Sala ante el cuestionamiento planteado de manera derivada, no pasará a valorar el concepto médico aportado por la defensa, al no proceder de instituciones oficiales.

Bajo el tenor de los argumentos expuestos, es conclusión de la Sala el confirmar la sentencia apelada con fundamento en las consideraciones expuestas a lo largo de la presente providencia, no sin antes reiterar que en tanto se considere necesario, el procesado, al contar con el dictamen de medicina legal que avale su postura, puede acudir a la unidad judicial que sea del caso al momento de vigilar el cumplimiento de la pena impuesta, a fin de enarbolar la solicitud que ahora se despacha negativamente.

2.5. PRECISIONES FINALES

En primer término, cabe en el caso hacer una corrección a la parte resolutive de la sentencia, lo que es dable revisar en aplicación del principio de legalidad y congruencia, este último fijado en los términos del artículo 448 del C. de .P.P., ello atendiendo a que el derrotero fijado en el preacuerdo requirió la imposición de condena y así lo aceptó el acusado por el delito de Acto Sexual violento, y como contraprestación la Fiscalía reconoció como beneficio en estricto orden punitivo el quantum fijado en el artículo 27 del C.P., en virtud de lo cual la condena debe emitirse por el delito en su modalidad

consumada y no la inacabada que corresponde a la tentativa.

Ejemplo claro de esta modalidad de preacuerdo, lo encontramos en el asunto SP605-2018 del 21 de marzo de 2018 radicado No. 51341, en el que la imputación y acusación, desde su composición jurídica se adecuó al delito de Concierto para delinquir agravado, y la negociación se definió desde el punto de vista punitivo conforme a la pena regulada para el delito de concierto para delinquir simple. La consecuencia procesal fue la imposición de condena, luego de que el procesado aceptó el cargo enunciado, conforme a su adecuación jurídica y fáctica por el punible de Concierto para delinquir agravado y no por el simple.

Igualmente se encuentra otra irregularidad que puede dar al traste con la protección de los derechos de las víctimas, los cuales encuentran una amplia gama de normas y jurisprudencia que se fortalece en el Bloque de Constitucionalidad y la lucha por sus derechos humanos, y que se concretan en el ordenamiento procesal de estricto cumplimiento por ser de orden público, para garantizar verdad, justicia, reparación y no repetición, conforme a los artículos 101 a 106 del C. de P.P.

De ninguna forma puede el juzgador ejercer disposición sobre los derechos fundamentales de que es titular la víctima KDMO, y pretermitir la opción

que ostenta de decidir si inicia o no incidente de reparación integral, en el término de caducidad previsto en el artículo 106 procesal; cabe resaltar al respecto que no solo tales prerrogativas son de índole económico, al punto de aducir que por haberse realizado un pago de ese tenor para lo que corresponde al derecho de reparación, desaparezcan automáticamente las otras facultades.

De esa forma resulta también revisable por principio de legalidad, aquel ordenamiento del juez de primera línea que cercena de plano el trámite en el que la víctima tiene especial interés para adelantar si es su deseo el incidente de reparación integral, cuando se trata de su derecho al debido proceso el cual, por ser de raigambre constitucional, debe garantizarse por cualquier autoridad judicial, que incluye por supuesto al juzgador.

Se trata de una irregularidad detectada en la sentencia de primera instancia que resulta más que subsanable, eliminando el ordenamiento que afecta las garantías fundamentales antedichas; lo cual se respalda además normativamente en las exigencias fijadas en los artículos 10, 27 y 139-3 del Código de Procedimental Penal.

En mérito de lo expuesto, 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 la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto, el veinticuatro 24 de mayo de 2019, en contra del señor MÁPB, en lo que es objeto de la apelación por las razones establecidas en la parte considerativa de la presente providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, en el sentido de que se impone condena al señor MÁPB por el delito de Acto Sexual Violento.

TERCERO: ELIMINAR de la parte resolutive de la sentencia el numeral tercero, alusivo a impedir el inicio del Incidente de Reparación Integral.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

400

BLANCA LIDIA ARELLANO MORENO
Magistrada

SILVIO CASTRILLÓN PAZ
Magistrado

FRANCO SOLARTE PORTILLA
Magistrado

JUAN CARLOS ÁLVAREZ LÓPEZ
Secretario

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

HACE CONSTAR

Que teniendo en cuenta las medidas establecidas en los Acuerdos PCSJA20-11517 del 15 de marzo de 2020, PCSJA20-11521 del 19 de marzo de 2020, PCSJA20-11526 del 22 de marzo de 2020, PCSJA20-11532 del 11 de abril de 2020, PCSJA20-11546 del 25 de abril de 2020, PCSJA20-11549 del 07 de mayo de 2020, PCSJA20-11556 del 22 de mayo de 2020 y PCSJA20-11567 del 05 de junio de 2020, emitidos por el Consejo Superior de la Judicatura, y CSJNAA20-21 del 24 de junio de 2020 emitido por el Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño, respecto de la pandemia generada por el virus COVID 19 y aquellas propias emanadas de la Presidencia de la Sala Penal, de manera virtual se deja constancia del registro de proyecto presentado en el asunto arriba referenciado.

Pasto, 23 de julio de 2020.

JUAN CARLOS ÁLVAREZ LÓPEZ

Secretario