



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

PRISION DOMICILIARIA POR ENFERMEDAD GRAVE-Para su concesión debe mediar valoración de médico legista especializado.

En aras de la discusión, se debe resaltar que en todo caso de conformidad con lo previsto en el artículo 68 del C.P., para que proceda la reclusión domiciliaria como lo demanda el libelista se exige: **i)** prueba de que existe una enfermedad grave incompatible con las condiciones de reclusión; y **ii)** concepto de médico legista especializado.

En este evento se tiene que el dictamen médico forense del 19 de diciembre de 2018 determinó que el procesado debe acudir a controles por urología, gastroenterología y cirugía general, precisando además que *“en sus actuales condiciones siempre y cuando estén garantizadas las condiciones de tratamiento médico, no es posible fundamentar un estado grave de enfermedad o enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión formal; es decir que para el tratamiento de sus patologías actuales no requiere hospitalización”*

Así las cosas es claro que las patologías que sufre el procesado, no resultan suficientes para conceder el beneficio, dado que no es el Juez quien puede determinar el estado grave de la enfermedad incompatible con la vida en reclusión, sino como ya se dijo, un médico legista especializado, quien además y justamente en este evento concluyó todo lo contrario.

SUBROGADO PENAL DE PRISIÓN DOMICILIARIA- Análisis de arraigo familiar y social.

La siguiente exigencia de la norma se refiere a la demostración del arraigo familiar y social del condenado. Para lo cual, la misma disposición determina que el juez debe acudir a *todos* los elementos de prueba allegados a la actuación. En consecuencia se impone al funcionario escudriñar sobre los vínculos familiares y sociales, y, acreditar el parentesco y la residencia habitual del sentenciado.

En este caso, se advierte que en relación con este específico punto no se acreditaron pruebas en favor de MILCIADES PERDOMO, por lo que a juicio de la Sala se puede concluir que no cuenta con ningún arraigo familiar o social, por el contrario, como bien lo señala el ente acusador es una persona desempleada que vive en un inquilinato y que a lo largo de los últimos 10 años ha sido protagonista de distintos procesos penales por diversas conductas delictivas motivo por el cual lo que se puede concluir es que no se constata el cumplimiento del numeral 3 que exige la norma para la concesión de este mecanismo sustitutivo de ejecución de la pena, lo que exime a la Sala de estudiar los requisitos exigidos por el numeral 4 del mismo precepto.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

“PATRIMONIO HISTÓRICO Y CULTURAL DE LA NACIÓN”
Ley 1128 de 2007

SALA ÚNICA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

RADICACIÓN: 1523840040012018-00056-01
CLASE DE PROCESO: HURTO CALIFICADO
PROCESADO: MILCIADES PERDOMO
PROCEDENCIA: JZDO 1° PENAL MUNICIPAL DE DUITAMA
DECISIÓN: CONFIRMA
APROBADA: Acta No. 037
MAGISTRADO PONENTE: DRA. GLORIA INES LINARES VILLALBA
Sala 3ª de Decisión

Santa Rosa de Viterbo, veintiséis (26) de febrero del año dos mil diecinueve (2019)

I. MOTIVO DE LA DECISIÓN

La Sala se pronuncia sobre el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de MILCIADES PERDOMO, contra la sentencia del 28 de enero de 2019, proferida por el Juzgado Primero Penal Municipal de Duitama, que lo condeno como autor responsable del delito de hurto calificado.

II. HECHOS

Consta dentro de las diligencias que el 4 de noviembre de 2018, cuando se encontraban en servicio de patrullaje el subintendente CARLOS MAYORGA y el patrullero RAFAEL PORRAS, fueron alertados por el llamado de la ciudadanía que les informa que en la calle 10 con carrera 21 de Duitama estaba ocurriendo un hurto; al llegar al lugar la víctima les informó que instantes antes un sujeto forzó la chapa de su vehículo y le sustrajo 2 maletas con objetos personales valuados en la suma de \$ 2.000.000, sujeto que fue de inmediato capturado a quien además le decomisan herramientas para violentar chapas. El sujeto fue identificado como MILCIADES PERDOMO.

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

(I) El 5 de noviembre de 2018, La Fiscalía General de Nación, ante el Juzgado 3 Penal Municipal de Duitama realizó audiencia de legalización de captura, verificación del traslado de escrito de acusación e imposición de medida de aseguramiento, a MILCIADES PERDOMO, por el delito de HURTO CALIFICADO, en grado de tentativa, cargos que el procesado aceptó.

(II) El 13 de noviembre siguiente, ante el Juzgado Primero Penal Municipal de Duitama con Función de Conocimiento, la Fiscalía Octava de la URI, radicó escrito de acusación en contra de MILCIADES PERDOMO, por el delito de HURTO CALIFICADO tentado.

(III) Con auto del 15 de noviembre de 2018, el Juzgado de Conocimiento avocó las diligencias y señaló fecha para llevar a cabo la audiencia de verificación de allanamiento a cargos el día 22 de noviembre de 2018.

(IV) El 22 de noviembre de 2018, se dio trámite a la audiencia de verificación de allanamiento en la que el procesado aceptó su responsabilidad como autor del delito de hurto calificado tentado, que fue aprobado por la funcionaria de conocimiento, anunciando el sentido de fallo de carácter condenatorio y corriéndose el traslado de que trata el artículo 447 del C de P.P.

(IV) El 28 de enero de 2019, se profiere fallo de carácter condenatorio contra MILCIADES PERDOMO como autor del delito de HURTO CALIFICADO TENTADO.

IV. LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

En sentencia del 28 de enero de 2019 el Juzgado de conocimiento le impuso a MILCIADES PERDOMO la pena principal de SEIS (6) MESES Y DIECIOCHO (18) DIAS DE PRISION e inhabilidad en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término igual al de la pena principal; negó la



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

suspensión condicional en la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión intramural, tras considerar que se encontraba plenamente establecida la responsabilidad en cabeza del procesado, así como que no se reunían los requisitos exigidos por la ley penal para que acceda a los beneficios invocados.

V. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la defensa la impugna, sus argumentos, se resumen, así:

El Juez de conocimiento, negó a MILCIADES PERDOMO, la prisión domiciliaria por enfermedad grave, desconociendo lo preceptuado en los artículos 314 numeral 4 y 461 de la Ley 906 de 2004, que consagran el derecho fundamental a la salud de su defendido pues sus patologías impiden que en el centro carcelario se recupere de sus padecimientos.

En respeto del principio PRO HOMINE se debe dar aplicación a lo previsto en el artículo 28 de la Ley 1709 de 2014 que adicionó el artículo 38 G de la Ley 599 de 2000, que consagra la posibilidad de que la ejecución de la pena se cumpla en la residencia cuando se haya cumplido la mitad de la condena y se cumplan los requisitos previstos en los numerales 3 y 4 del artículo 38B.

En este evento además de que cumplen los requisitos exigidos por la norma es claro que el procesado el 13 de febrero de 2019 cumplió con la mitad de la condena motivo por el cual hay lugar a conceder este beneficio.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala es competente para conocer y decidir el recurso de apelación, en virtud



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

del numeral 1º del artículo 34 y el inciso final del artículo 179 de la Ley 906 de 2004, desde luego, dentro del marco delimitado por el objeto de la impugnación.

Dado que el recurso de alzada cuestiona la concesión de la prisión domiciliaria por grave enfermedad, esta Sala procederá (i) a fijar los parámetros legales que atañen a esta figura penal y (ii) verificar si en el caso concreto se cumplen los requisitos para conceder el beneficio a MILCIADES PERDOMO.

Posteriormente se analizara la posibilidad de que se ejecute lo que resta de la pena privativa de la libertad en el lugar de residencia por cumplirse con los requisitos previstos en el artículo 38G del C de P.P, si es que a ello hay lugar.

(I) LA PRISIÓN DOMICILIARIA

Tal y como lo prevé nuestra legislación, la prisión domiciliaria permite la ejecución de la pena privativa de la libertad en el lugar de residencia, siempre que se verifique el cumplimiento de algunos requisitos, cuya competencia para concederla o negarla es del juez de conocimiento. Sin embargo, a la par con esta figura la Ley 906 de 2004 en su artículo 461 que remite al artículo 314, faculta la internación domiciliaria como sustitución de la prisión, en los mismos casos en que procede la detención preventiva, determinación que se encuentra a cargo del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad.

Sobre este específico punto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado:

“Cuando se propone –como en efecto se está haciendo- que en la sentencia definitiva se puede (con restricción funcional a que se hará mención más adelante) aplicar por el fallador la sustitución de la prisión en los casos señalados en el artículo 461 ya mencionado (aunque descartada la causal primera del artículo 314, según reiterada jurisprudencia), no se está haciendo cosa distinta a destacar, por encima de las formas, la prevalencia del derecho a la libertad, así sea –como en este evento- para garantizar que su limitación



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

sea la menor posible y que a su vez el beneficiario del instituto jurídico, como es el menor de edad, pueda recibir el benéfico influjo directo e inmediato de la aplicación del subrogado.

Ahora bien, ese avance en el reconocimiento de la sustitución de la prisión por su homóloga la domiciliaria debe quedar restringida a los fallos que de manera definitiva profiera la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mas no a los emitidos por la primera o la segunda instancia, dado que cuando estos jueces o tribunales emitan sentencia condenatoria y en ese momento constaten cumplida la totalidad de requisitos de las causales regladas por el artículo 314, lo procedente será la aplicación directa de la causal de sustitución de la medida de aseguramiento, proceder ante el que nunca estará la Corte, si en cuenta se tiene que al emitir esta Corporación una sentencia condenatoria lo será con el carácter de definitiva, bien que sea en única, en segunda instancia o en casación”¹.

En consecuencia, se muestra evidente la falta de competencia en principio del juez de conocimiento para la concesión de la prisión domiciliaria por enfermedad grave con base en las normas citadas, en la medida que la facultad de analizarla no le ha sido conferida al juez de conocimiento, pues aquella es una figura exclusiva y posterior a la ejecución de la sentencia.

No obstante lo anterior, la jurisprudencia nacional también ha reconocido que si al momento de proferirse los fallos de primera y segunda instancia por los jueces y tribunales superiores, se llenan las exigencias del citado artículo 314 numeral 4° a favor del procesado, debe otorgarse “detención domiciliaria” y no prisión domiciliaria, como se dijo en precedencia., sin embargo el parágrafo de la citada norma establece que:

“...no procederá la sustitución de la detención preventiva en establecimiento Carcelario, por detención domiciliaria cuando la imputación se refiera a los siguientes delitos (...) hurto calificado (C.P. artículo 240)”

Entonces, en cuanto a la concesión de la detención domiciliaria por enfermedad grave, debe resaltarse:

¹ Corte Suprema de Justicia.. Sentencia de 26 de junio de 2008. Rad. 22453.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

1) Tal sustituto resulta vedado por expresa prohibición legal, pues el parágrafo del artículo 314 de la Ley 906 de 2004 señala que aquél no se podrá otorgar cuando la imputación se realice por el delito de hurto calificado, injusto por el que precisamente se profirió condena.

2) En aras de la discusión, se debe resaltar que en todo caso de conformidad con lo previsto en el artículo 68 del C.P., para que proceda la reclusión domiciliaria como lo demanda el libelista se exige: **i)** prueba de que existe una enfermedad grave incompatible con las condiciones de reclusión; y **ii)** concepto de médico legista especializado.

En este evento se tiene que el dictamen médico forense del 19 de diciembre de 2018 determinó que el procesado debe acudir a controles por urología, gastroenterología y cirugía general, precisando además que *“en sus actuales condiciones siempre y cuando estén garantizadas las condiciones de tratamiento médico, no es posible fundamentar un estado grave de enfermedad o enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión formal; es decir que para el tratamiento de sus patologías actuales no requiere hospitalización”*

Así las cosas es claro que las patologías que sufre el procesado, no resultan suficientes para conceder el beneficio, dado que no es el Juez quien puede determinar el estado grave de la enfermedad incompatible con la vida en reclusión, sino como ya se dijo, un médico legista especializado, quien además y justamente en este evento concluyó todo lo contrario.

Así las cosas no hay lugar a conceder el beneficio que se reclama al no acreditarse los requisitos exigidos en los artículos 314 y 461 de C de P.P.

(II) DEL BENEFICIO SUSTITUTIVO CONSAGRADO EN EL ARTICULO 38 G DEL C.P.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

De conformidad con lo previsto en el artículo 38 del Código Penal, la prisión domiciliaria es un mecanismo sustitutivo de la prisión, que implica la restricción del derecho de libertad del condenado en su lugar de residencia o en el que la autoridad judicial disponga mediante sentencia, en caso de que encuentre cumplidos los requisitos legales pertinentes.

Por su parte el artículo 23 de la ley 1709 de 2014, el cual adicionó el artículo 38B a la Ley 599 de 2000, establece que la prisión domiciliaria como sustitutiva de la privación de libertad intramural procede siempre que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley no sea superior a ocho (8) años, que no se trate de uno de los delitos enlistados en el inciso segundo del artículo 68A de la Ley 599 de 2000², que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado y que se garantice mediante caución el cumplimiento de las obligaciones que consagra la misma norma.

Significa lo anterior, que el funcionario judicial al momento de analizar la procedencia del sustituto debe remitirse al artículo 68A, inciso 2, del Código Penal, a fin de verificar si la conducta sancionada se encuentra allí enlistada y en caso afirmativo, no podrá conceder ésta.

No obstante, la mencionada regla tiene su excepción y es la consignada en el párrafo 1 del mismo artículo que establece “*Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará a la libertad condicional contemplada en el artículo 64 de este Código, ni tampoco para lo dispuesto en el artículo 38G del presente Código.*” Es decir, cuando la petición de prisión domiciliaria se invoque con fundamento en el artículo 38G del C. P., no es posible negarla fundado en las

² La norma original establecía que no procedía ningún beneficio o subrogado penal: i) cuando la persona hubiere sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores (presupuesto que se conserva en el artículo 32 de la ley 1709 de 2014-), y ii) que no se tratara de delitos contra la administración pública estafa y abuso de confianza sobre bienes del Estado, utilización indebida de información privilegiada, lavado de activos y soborno transnacional.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

exclusiones del artículo 68A, sino que deben revisarse las puntuales condiciones que exige la citada norma.

Así el artículo 38G del C .P. adicionado mediante el artículo 28 de la Ley 1709 de 2014, dispone:

ARTÍCULO 38G. *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 concurren 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...”*

Entonces, para acceder a esta modalidad de prisión domiciliaria se requiere que (i) el sentenciado haya cumplido la mitad de la pena impuesta, (ii) no se trate de alguno de los delitos allí enlistados, (iii) el condenado no pertenezca al grupo familiar de la víctima, (iv) se demuestre su arraigo familiar y social, y (v) se garantice, mediante caución, el cumplimiento de las obligaciones descritas en el numeral 4 del artículo 38B del Código Penal.

Este beneficio en principio está llamado a concederlo el Juez de ejecución de penas, pues para el mismo se requiere que la pena de prisión se ejecute por tiempo superior a la mitad del fijado en el fallo correspondiente, sin embargo como así lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia³, este análisis también lo puede realizar el fallador de conformidad con lo previsto en el artículo 37, numeral 3, de la Ley 599 de 2000, el tiempo cumplido bajo detención preventiva se reputa como parte cumplida de la pena cumplida en caso de sentencia condenatoria.

Precisado lo anterior se tiene que MILCIADES PERDOMO, fue condenado a la pena principal de SEIS (6) MESES Y DIECIOCHO (18) DIAS DE PRISION

³ Corte Suprema de Justicia, sentencia SP1207-2017, Radicado 45900 del 1 de febrero de 2017



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

como autor del delito de hurto calificado en grado de tentativa, conducta que no fue excluida por el artículo 38G, es decir, resulta procedente estudiar la posibilidad de conceder la prisión domiciliaria bajo tal norma.

En consecuencia acorde con los requisitos enlistados en el artículo 38G, se tiene que MILCIADES PERDOMO fue sentenciado a SEIS (6) MESES Y DIECIOCHO (18) DIAS DE PRISION, a la fecha ha estado privado de su libertad por tiempo superior a 3 meses y 9 días toda vez que su aprehensión se produjo el 4 de noviembre de 2018, es decir, a la fecha ha cumplido más de la mitad de la condena, y no pertenece al grupo familiar de la víctima,

La siguiente exigencia de la norma se refiere a la demostración del arraigo familiar y social del condenado. Para lo cual, la misma disposición determina que el juez debe acudir a *todos* los elementos de prueba allegados a la actuación. En consecuencia se impone al funcionario escudriñar sobre los vínculos familiares y sociales, y, acreditar el parentesco y la residencia habitual del sentenciado.

En este caso, se advierte que en relación con este específico punto no se acreditaron pruebas en favor de MILCIADES PERDOMO, por lo que a juicio de la Sala se puede concluir que no cuenta con ningún arraigo familiar o social, por el contrario, como bien lo señala el ente acusador es una persona desempleada que vive en un inquilinato y que a lo largo de los últimos 10 años ha sido protagonista de distintos procesos penales por diversas conductas delictivas motivo por el cual lo que se puede concluir es que no se constata el cumplimiento del numeral 3 que exige la norma para la concesión de este mecanismo sustitutivo de ejecución de la pena, lo que exime a la Sala de estudiar los requisitos exigidos por el numeral 4 del mismo precepto.

En consecuencia, atendiendo que no se demostró un yerro en la valoración que hizo el juez de instancia en cuanto a la negativa para conceder la prisión



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

domiciliaria por enfermedad, ni se acreditaron en esta instancia el cumplimiento de las exigencias previstas en el artículo 38G del estatuto procesal, se confirmara la sentencia recurrida. Se ordena en consecuencia el traslado inmediato del condenado al centro de reclusión.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior Del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, en Sala Tercera de decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo proferido por el la sentencia del 28 de enero de 2019, proferida por el Juzgado Primero Penal Municipal de Duitama, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Contra la presente decisión procede el recurso de casación, conforme al artículo 181 de la Ley 906 de 2004.

TERCERO: Se notifica en estrados y para su lectura se designa a la señora magistrada ponente.

GLORIA INES LINARES VILLALBA
Magistrada Ponente



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

ESNEIDER GUTIÉRREZ VEGA
Magistrado

LUZ PATRICIA ARISTIZABAL GARAVITO
Magistrada
(Ausencia Justificada)