El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso.

El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia – 13 de diciembre de 2017

Proceso: Penal – Prisión domiciliaria – Corresponde al juez de EPMS

Delito: Concierto para delinquir agravado

Radicación Nro. : 666826000048-2015-00263-01

Procesado: Juan David García Cardona

Magistrado Sustanciador: JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

**Tema: HOMICIDIO EN CONCURSO CON HOMICIDIO EN GRADO DE TENTATIVA Y FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES. / PADRE DE FAMILIA Y ENFERMEDAD / NO PROBÓ TALES CIRCUNSTANCIAS / / PRISIÓN DOMICILIARIA / COMPETENCIA DEL JUEZ DE EPMS / CONFIRMA** - Aprecia la Sala en concordancia con lo dicho por la fiscal no recurrente, que en el presente asunto no se soportó con suficiencia tal calidad a favor del señor GARCÍA CARDONA, pues véase que de los registros civiles de nacimiento que aportó, lo único que se extrae es que su hermana TATIANA GARCÍA CARDONA es madre de la niña S.G.G. -de 26 meses de edad en la actualidad-, pero no se allegó ningún otro elemento que permita dilucidar que el acusado es padre cabeza de familia, como tampoco que su hermana y sobrina carecen del apoyo de otros familiares, o incluso del padre de la pequeña, señor SERGIO GONZÁLEZ LAITON, de quien nada se informó pese al compromiso que le asiste con la menor S.G.G.

Si tenemos entonces que la hermana del acá procesado, señora TATIANA GARCÍA, es mayor de edad -nació en abril 24 de 1995-, es ella en compañía del padre de la menor S.G.S. los responsables de velar por su cuidado y sostenimiento, desconociéndose por qué motivo el señor JUAN DAVID alude dicha calidad, máxime que no presenta probanzas que permitieran dilucidar que en efecto sí la ostenta, como tampoco se acreditó el presupuesto de “abandono absoluto” en que se debe encontrar la pequeña, como predicado indispensable para la prosperidad del sustituto.

Se aprecia en consecuencia que en este asunto faltó una demostración fehaciente de la condición de padre cabeza de familia que se reclama a favor del señor JUAN DAVID GARCÍA CARDONA, y por ende no puede ser merecedor del pretendido beneficio.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la sustitución de la prisión intramural, amén de la enfermedad que padece el señor JUAN DAVID GARCÍA CARDONA, de lo cual tampoco nada se probó, debe señalarse que de conformidad con lo reglado en el artículo 68 C.P., el presupuesto indispensable para hacerse acreedor a esa variación, es la existencia de dictamen de médico oficial que determine la incompatibilidad de la enfermedad con la vida en reclusión formal, pericia que brilla por su ausencia.

En esos términos, no procede la petición que de manera escueta elevó el recurrente, al expresar que se tuviera en cuenta la situación de salud del procesado para otorgarle la “prisión domiciliaria”, pues nada dijo en relación con los presuntos quebrantos que sufre, ni por supuesto que sea incompatible con su reclusión en centro carcelario.

Aunado a lo anterior, debe decirse, como así lo tiene sentado la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal , que los jueces de instancia no deben pronunciarse sobre la sustitución de la prisión intramural por la domiciliaria en los eventos a los que remite el canon 461 C.P.P. -aquellos contenidos en el artículo 314 C.P. -, toda vez que ello es competencia que le ha sido reservada a los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

 **REPÚBLICA DE COLOMBIA**

 **PEREIRA-RISARALDA**

** RAMA JUDICIAL**

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA

SALA de decisión PENAL

Magistrado Ponente

 JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

 Pereira, trece (13) de diciembre de dos mil diecisiete (2017)

 ACTA DE APROBACIÓN No 1387

 SEGUNDA INSTANCIA

|  |  |
| --- | --- |
| Fecha y hora de lectura:  | Diciembre 18 de 2017. 8:48 a.m. |
| Imputada:  | Juan David García Cardona |
| Cédula de ciudadanía: | 1.088.304.120 de Pereira (Rda.) |
| Delito: | Homicidio en concurso con homicidio en grado de tentativa y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas, accesorios, partes o municiones. |
| Víctima: | Jorge Iván Toro Buriticá, Cristian Andrés Tabares Villa y la seguridad pública. |
| Procedencia: | Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal (Rda.) con función de conocimiento. |
| Asunto: | Decide apelación interpuesta por la defensa contra el fallo condenatorio de fecha febrero 3 de 2016. SE CONFIRMA |

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira pronuncia la sentencia en los siguientes términos:

1.- hechos Y precedentes

La situación fáctica jurídicamente relevante y la actuación procesal esencial para la decisión a tomar, se pueden sintetizar así:

1.1.- Dan cuenta los registros que en abril 26 de 2015, siendo aproximadamente las 4:00 a.m., en la carrera 16 con calle 17 esquina de Santa Rosa de Cabal (Rda.), fue ultimado con arma de fuego el señor JORGE IVÁN TORO BURITICÁ, alias “Torito”, y lesionado el señor CRISTIAN ANDRÉS TABARES VILLA, alias “Chapeto”. Adelantadas las labores investigativas y escuchados algunos testigos del hecho, se logró identificar a JUAN DAVID GARCÍA CARDONA, alias “Mani”, como el autor de la ilicitud, contra el cual la Fiscalía solicitó su aprehensión, misma que fuera ordenada por un Juez Penal Municipal con función de control de garantías.

1.2.- Una vez realizada la captura del señor JUAN DAVID GARCÍA CARDONA, se llevaron a cabo las audiencias preliminares ante el Juzgado Penal Municipal con función de control de garantías de Santa Rosa de Cabal (junio 19 de 2015), por medio de las cuales: (i) se declaró legal la aprehensión; (ii) se imputó autoría en el punible de homicidio -art. 103 C.P.- en concurso con homicidio en grado de tentativa -arts. 103 y 27 C.P.- y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones-art. 365 C.P.-; cargos que el indiciado NO ACEPTÓ; y (iii) se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

1.3.- Con antelación a la presentación del escrito de acusación, la Fiscalía allega acta del preacuerdo de fecha septiembre 19 de 2015 celebrado con el señor JUAN DAVID GARCÍA CARDONA y su apoderado, habiéndose realizado la audiencia de sustentación pertinente ante el Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal (Rda) en febrero 3 de 2016, por medio de la cual acepta su compromiso en las conductas endilgadas -homicidio, tentativa de homicidio y porte ilegal de armas- y como único beneficio recibiría una diminuente del 50% de la pena a imponer, procediéndose a tasar la pena que quedó en 152 meses de prisión. El señor GARCÍA CARDONA aceptó bajo dicha modalidad los cargos endilgados y estos fueron debidamente aprobados por el juzgado, por lo que luego de surtirse la audiencia de individualización de pena y sentencia, se dio lectura en esa misma oportunidad al fallo de condena, por medio del cual: (i) declaró penalmente responsable a JUAN DAVID GARCÍA CARDONA de los delitos endilgados y admitidos; (ii) le impuso como sanción privativa de la libertad la de 152 meses de prisión, e inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la sanción principal; y (iii) le negó el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

1.4.- Inconforme con esa decisión la defensa interpuso recurso de apelación que sustentó de forma oral en esa misma oportunidad.

2.- Debate

**2.1.-** Defensa -como recurrente*-*

Soporta su disenso única y exclusivamente en lo atinente a la no concesión a su representado de la prisión domiciliaria, con fundamento en lo siguiente:

Aunque comparte los criterios del despacho frente a la negativa de la prisión domiciliara, su deber como defensor es someterse a los criterios de su cliente y por ende pide se estudie la concesión de la detención domiciliaria, ya que su prohijado insiste en que cumple la condición de padre cabeza de familia, al ser el encargado del mantenimiento y sustento de su hogar compuesto por su hermana que a su vez tiene una menor de edad y quien no cuenta con los recursos suficientes para suplir las necesidades de la niña. Señala igualmente que **JUAN DAVID** refiere padecer graves problemas de salud y en la cárcel no le han prestado la atención médica, situación que se torna también uno de los motivos que lo lleva a insistir en la prisión domiciliaria.

**2.2.-** Fiscal –no recurrente*-*

Estima que lo aportado no es suficiente para corroborar que **JUAN DAVID** es padre cabeza de familia, y aunque suministra unos registros civiles de nacimiento, ellos no lo acreditan como tal, debiéndose establecer que es la única persona y no existen otras que tengan la posibilidad de asumir las obligaciones del hogar al que refiere pertenecer. Considera en consecuencia que el procesado no cumple la condición aludida y por lo tanto su solicitud es improcedente.

**2.3.-** Debidamente sustentado el recurso, la juez a quo lo concedió en el efectivo suspensivo y dispuso la remisión de los registros pertinentes ante esta Corporación con el fin de desatar la alzada.

3.- Para resolver, se considera

**3.1.- Competencia**

La tiene esta Colegiatura de conformidad con los factores objetivo, territorial y funcional a voces de los artículos 20, 34.1 y 179 de la Ley 906 de 2004 -modificado este último por el artículo 91 de la Ley 1395 de 2010-, al haber sido oportunamente interpuesta y apropiadamente sustentada una apelación contra providencia susceptible de ese recurso y por las partes habilitadas para hacerlo -en nuestro caso la defensa-.

**3.2.-** **Problema jurídico planteado**

Se contrae básicamente a establecer si en el caso concreto el señor **JUAN DAVID GARCÍA CARDONA** se hace merecedor a la prisión domiciliaria por su condición de padre cabeza de familia, o por su situación médica, como lo pregona el recurrente.

**3.3.- Solución a la controversia**

Nos encontramos en presencia de un trámite abreviado por la admisión de los cargos por parte del procesado, por la vía de preacuerdo, donde estuvo debidamente asistido e ilustrado acerca de las consecuencias de hacer dejación de su derecho a la no autoincriminación, lo que no obsta para asegurar que además de ese allanamiento por consenso a cargos que despeja el camino hacia el proferimiento de un fallo de condena, en el diligenciamiento en verdad obran elementos de convicción que determinan que la conducta ilícita que se pregona sí existió y que el hoy involucrado tuvo participación activa en la misma.

No se avizora irregularidad sustancial alguna de estructura o de garantía, ni error *in procedendo* insubsanable que obligue a la Sala a retrotraer la actuación a segmentos ya superados; en consecuencia, se incursionará en el análisis de fondo que en derecho corresponde.

En el trámite del proceso y en desarrollo de la audiencia a la que alude el canon 447 C.P.P., la defensa pidió a la juez de instancia que antes de proferirse el fallo tuviera en consideración que el señor **JUAN DAVID GARCÍA** presenta falencias de salud y en el centro carcelario no ha sido trasladado para recibir atención médica, así mismo que es padre cabeza de familia y por ende se hacía merecedor a la prisión domiciliaria. Tal solicitud la sustentó con fundamento en que el procesado vela por la manutención y sostenimiento de su hogar, el cual está compuesto por su hermana TATIANA GARCÍA, quien a su vez es madre de la niña S.G.G.

En principio debe indicarse que no procede la prisión domiciliaria conforme lo previsto por el canon 38B C.P.P. adicionado por el artículo 23 de la Ley 1709/14 al no cumplirse con el requisito de índole objetivo allí dispuesto, esto es, que la pena mínima que tiene el delito investigado no exceda de ocho años de prisión; ello, por cuanto de conformidad con lo reglado en el artículo 103 C.P. que le fue imputado al señor **GARCÍA CARDONA,** aflora que la pena a imponer por esa mera conducta, sin tener en cuenta aquellas con las cuales concursó –tentativa de homicidio y porte ilegal de armas- es de 208 meses de prisión, con lo que el tope inferior supera en más de la mitad, el quantum exigido para que se pueda conceder dicho sustituto penal.

Ahora bien, el artículo 1º de la Ley 750/02 que regula lo concerniente a la prisión domiciliaria cuando se trata de madre o padre[[1]](#footnote-1) cabeza de familia, dispone: “La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá, cuando la infractora sea mujer cabeza de familia, en el lugar de su residencia o en su defecto en el lugar señalado por el juez en caso de que la víctima de la conducta punible resida en aquel lugar, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: Que el desempeño personal, laboral, familiar o social de la infractora permita a la autoridad judicial competente determinar que no colocará en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo, hijos menores de edad o hijos con incapacidad mental permanente”.

Para el asunto que nos concita es preciso establecer si el señor **JUAN DAVID GARCÍA CARDONA** en realidad ostenta la condición de padre cabeza de familia, y para ello es indispensable la remisión al artículo 1º de la Ley 1232/08, que modificó la Ley 82/93[[2]](#footnote-2), el cual prescribe: “[…] es Mujer Cabeza de Familia, quien siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente **o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar**” -resaltado fuera del texto-

Aprecia la Sala en concordancia con lo dicho por la fiscal no recurrente, que en el presente asunto no se soportó con suficiencia tal calidad a favor del señor **GARCÍA CARDONA**, pues véase que de los registros civiles de nacimiento que aportó, lo único que se extrae es que su hermana TATIANA GARCÍA CARDONA es madre de la niña S.G.G. -de 26 meses de edad en la actualidad-, pero no se allegó ningún otro elemento que permita dilucidar que el acusado es padre cabeza de familia, como tampoco que su hermana y sobrina carecen del apoyo de otros familiares, o incluso del padre de la pequeña, señor SERGIO GONZÁLEZ LAITON, de quien nada se informó pese al compromiso que le asiste con la menor S.G.G.

Si tenemos entonces que la hermana del acá procesado, señora TATIANA GARCÍA, es mayor de edad -nació en abril 24 de 1995-, es ella en compañía del padre de la menor S.G.S. los responsables de velar por su cuidado y sostenimiento, desconociéndose por qué motivo el señor **JUAN DAVID** alude dicha calidad, máxime que no presenta probanzas que permitieran dilucidar que en efecto sí la ostenta, como tampoco se acreditó el presupuesto de “abandono absoluto” en que se debe encontrar la pequeña, como predicado indispensable para la prosperidad del sustituto.

Se aprecia en consecuencia que en este asunto faltó una demostración fehaciente de la condición de padre cabeza de familia que se reclama a favor del señor **JUAN DAVID GARCÍA CARDONA**, y por ende no puede ser merecedor del pretendido beneficio.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la sustitución de la prisión intramural, amén de la enfermedad que padece el señor **JUAN DAVID GARCÍA CARDONA**, de lo cual tampoco nada se probó, debe señalarse que de conformidad con lo reglado en el artículo 68 C.P., el presupuesto indispensable para hacerse acreedor a esa variación, es la existencia de dictamen de médico oficial que determine la incompatibilidad de la enfermedad con la vida en reclusión formal, pericia que brilla por su ausencia.

En esos términos, no procede la petición que de manera escueta elevó el recurrente, al expresar que se tuviera en cuenta la situación de salud del procesado para otorgarle la “prisión domiciliaria”, pues nada dijo en relación con los presuntos quebrantos que sufre, ni por supuesto que sea incompatible con su reclusión en centro carcelario.

Aunado a lo anterior, debe decirse, como así lo tiene sentado la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal[[3]](#footnote-3), que los jueces de instancia no deben pronunciarse sobre la sustitución de la prisión intramural por la domiciliaria en los eventos a los que remite el canon 461 C.P.P. [[4]](#footnote-4) -aquellos contenidos en el artículo 314 C.P.[[5]](#footnote-5)-, toda vez que ello es competencia que le ha sido reservada a los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad. Al respecto se dijo en la referida providencia lo siguiente:

“[…] de acuerdo con criterio uniforme de la Corporación, 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.

Sobre el particular, la Sala recientemente reiteró su postura en el siguiente sentido:

“Finalmente cuestiona el demandante que a su prohijado no se le haya reconocido, con violación de los artículos 461 y siguientes de la Ley 906 de 2004 y de principios como el debido proceso, igualdad, dignidad y favorabilidad, el sustitutivo de prisión domiciliaria, mas un tal reparo deviene igualmente infundado, no sólo porque el asunto no se ventiló en las instancias, en éstas se trató fue la prisión domiciliaria del artículo 38 del Código Penal, sino porque además la competencia para pronunciarse en relación con aquella norma en concordancia con el artículo 314 de la Ley 906 concierne al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, lo cual supone obviamente un fallo debidamente ejecutoriado”.

Tal posición de la Alta Corporación fue reiterada en la Sentencia 47761 de agosto 30 de 2017, donde se expresó:

“Adicionalmente, la dinámica del proceso también impone que sobre la sustitución de la prisión intramural por domiciliaria u hospitalaria -motivada en enfermedad grave se pronuncie el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, no el de conocimiento, porque, en estricto sentido, la ejecución de la sentencia sólo tiene lugar una vez esta cobra firmeza, momento a partir del cual surge oportuno decidir si es o no viable acceder a la mencionada sustitución, con base en valoración médico legal actual o actualizada sobre el estado de salud del condenado. Correlativamente, la decisión que eventualmente podría adoptar el juez de la causa en la sentencia es la de sustituir la detención, que para ese momento se funda en el sentido del fallo condenatorio en orden a garantizar el cumplimiento de la condena”.

Bajo ese entendido se advierte que las peticiones elevadas por el letrado a favor del señor **JUAN DAVID GARCÍA CARDONA**, no debió realizarlas ante el despacho de conocimiento, en cuanto la competencia está reservada a los jueces de ejecución de penas, ante los cuales podrá interponer las solicitudes que considere pertinentes.

Finalmente y aunque el apoderado esgrime que en el centro de reclusión no se le brinda la atención médica requerida al señor **GARCÍA CARDONA**, debe señalarse que ello es un deber del Estado, representado en esta ocasión por el INPEC, entidad obligada a garantizar de forma óptima, eficaz y oportuna la salud de los internos, y así mismo, el tratamiento y cuidados que requieran con ocasión de sus padecimientos. Ello se encuentra consagrado en el artículo 104 del Código Penitenciario y Carcelario, modificado por el 65 de la Ley 1709/14:

“[…] Acceso a la salud. Las personas privadas de la libertad tendrán acceso a todos los servicios del sistema general de salud de conformidad con lo establecido en la ley sin discriminación por su condición jurídica. **Se garantizarán la prevención, diagnóstico temprano y tratamiento adecuado de todas las patologías físicas o mentales**. **Cualquier tratamiento médico, quirúrgico o psiquiátrico que se determine como necesario para el cumplimiento de este fin será aplicado sin necesidad de resolución judicial que lo ordene.** En todo caso el tratamiento médico o la intervención quirúrgica deberán realizarse garantizando el respeto a la dignidad humana de las personas privadas de la libertad.

En todos los centros de reclusión se garantizará la existencia de una Unidad de Atención Primaria y de Atención Inicial de Urgencias en Salud Penitenciaria . y Carcelaria […]”.

De igual forma, existen lineamientos jurisprudenciales en materia constitucional, en los cuales se consigna esa obligación estatal de garantizar los servicios y atenciones médicas que sean requeridas por las personas privadas de la libertad. Ente ellos, la sentencia T-535/98, y la T-266/13:

“.[…] El artículo 106 del Código Penitenciario y Carcelario (Ley 65 de 1993) impone a las autoridades el deber de impartir atención médica conforme con los reglamentos del centro de reclusión**, así como también de prestar el servicio médico particular de manera excepcional cuando el establecimiento no esté en capacidad de suministrarlo**. En cuanto al derecho a la salud, la jurisprudencia ha establecido que no puede ser suspendido ni restringido como consecuencia de la privación de la libertad, en razón a que el recluso no puede por sí mismo afiliarse al Sistema General de Seguridad Social, ya sea en el régimen contributivo o subsidiado, ni pagar los costos de los servicios requeridos. Por esto, y teniendo en cuenta la relación de especial sujeción, **el Estado tiene la obligación de garantizar que los servicios que implica este derecho sean eficazmente proporcionados a través del INPEC y de los directores de los lugares de reclusión** […]”.

En consonancia con lo anterior, no cabe duda por tanto que el establecimiento penitenciario en el que se encuentra recluido el señor **JUAN DAVID GARCÍA CARDONA**, y el INPEC, son los responsables y directamente obligados a prestar la atención médica que requiere.

De conformidad con lo anterior, la Sala le impartirá confirmación a la determinación adoptada por la funcionaria de primer nivel.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** el fallo objeto de recurso.

Esta sentencia queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso extraordinario de casación que de interponerse habrá de hacerse dentro del término de ley.

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

El Secretario de la Sala,

WILSON FREDY LÓPEZ

1. Corte Constitucional C-184 de 2003 [↑](#footnote-ref-1)
2. Por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia. [↑](#footnote-ref-2)
3. CSJ AP, 11 dic. 2013, rad. 41300, reiterado en AP 30 jul. 2014, Rad. 38262. [↑](#footnote-ref-3)
4. **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. [↑](#footnote-ref-4)
5. “**sustitución de la detención preventiva**. […] 4. Cuando el imputado o acusado estuviere en estado grave por enfermedad, previo dictamen de médicos oficiales”. [↑](#footnote-ref-5)