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 respectiva Secretaría.

**TEMAS: TENTATIVA DE HOMICIDIO / PRISIÓN DOMICILIARIA POR ENFERMEDAD GRAVE / REQUISITOS / QUE LA PATOLOGÍA SEA INCOMPATIBLE CON LA ESTADÍA EN CENTRO CARCELARIO / PRISIÓN DOMICILIARIA TEMPORAL / DECRETO 546 DE 2020 / REQUISITOS / NO LOS CUMPLE EL SENTENCIADO.**

… el disenso de la apoderada del señor YPP radica en que por parte de la funcionaria de primer nivel no se le concedió a su defendido la prisión domiciliaria provisional, amén de la situación de salud que padece, e igualmente a raíz de la emergencia sanitaria que vive el país, en especial los centros de reclusión, derivada de la pandemia de la Covid-19…

… como así lo expresó la misma letrada al sustentar su recurso, se presentaron dos valoraciones médico legales realizadas al señor YPP, en las que se le otorgó una incapacidad médica por las lesiones que igualmente sufrió en los hechos por los cuales fue sentenciado, sin que en estas se haya indicado que padeciera de enfermedad incompatible con su vida en reclusión.

En cuanto a las exigencias para la concesión de la reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave, el artículo 68 C.P. dispone:

“El juez podrá autorizar la ejecución de la pena privativa de la libertad en la residencia del penado o centro hospitalario determinado por el INPEC, en caso que se encuentre aquejado por una enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión formal, salvo que en el momento de la comisión de la conducta tuviese ya otra pena suspendida por el mismo motivo. Cuando el condenado sea quien escoja el centro hospitalario, los gastos correrán por su cuenta.

Para la concesión de este beneficio debe mediar concepto de médico legista especializado. […]”

Como quiera entonces que es un requisito sine quanon el que se soporte que la patología que actualmente se padece no es compatible con la estadía en centro carcelario, lo cual no se cumplió ante la funcionaria de primer nivel ni mucho menos ante esta Corporación, no podía accederse a lo solicitado…

… el señor YPP tampoco cumple las exigencias a las que hace alusión el Decreto 546 de 2020, para ser merecedor de la prisión domiciliaria temporal, por cuanto si bien al parecer presenta una patología respiratoria, como lo dice su defensora, la realidad enseña que la pena que le fue impuesta -78 meses- es superior al límite contemplado en el ámbito de aplicación de dicho dispositivo, que se fijó en cinco años según se plasmó en el artículo 2º ídem.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**PEREIRA-RISARALDA**

**RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

Magistrado Ponente

 **JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Pereira, veintitrés (23) de julio de dos mil veinte (2020)

ACTA DE APROBACIÓN N° 550

 SEGUNDA INSTANCIA

|  |  |
| --- | --- |
| Acusado:  | YPP |
| Cédula de ciudadanía: | 1.093.223.963 expedida en Santa Rosa de Cabal (Rda.) |
| Delito: | Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, en concurso con tentativa de homicidio. |
| Víctima: | La seguridad pública y Óscar David Flórez Porras |
| Procedencia: | Juzgado Penal del Circuito con función de conocimiento de Santa Rosa de Cabal (Rda.) |
| Asunto: | Decide apelación interpuesta por la defensa contra el fallo condenatorio de fecha mayo 28 de 2020. 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.- Los hechos fueron plasmados por la a quo en el fallo confutado, de la siguiente manera:

“Manifiesta la Fiscalía que mediante informe de policía se puso en conocimiento la captura de YPP, el 11 de noviembre de 2019, aproximadamente a las 7:05 horas, cuando fue retenido por la comunidad, en la parte alta del caserío de la vereda Samaria, luego que en una bodega de función de aluminio, donde estaba laborando ÓSCAR DAVID FLÓREZ PORRAS a las 6:30 am., ingresó YPP con un arma de fuego en la mano y empezó a dispararle, pero el arma no le funcionó, por lo que se dio a la fuga, siendo perseguido por ÓSCAR DAVID, pero en la huida YPP le hizo varios disparos sin que diera en el blanco, por lo que Óscar David se apeó en su moto con el señor JORGE RUIZ e iniciaron la persecución en la misma, dándole alcance cerca al caserío de la Samaria donde la comunidad empezó a salir, luego ÓSCAR DAVID se le fue encima con la moto y lo tumbó, armándose de una piedra, y YPP desde el piso le disparó hiriéndolo en el costado derecho y empezaron el forcejeo en medio del cual el arma se disparó hiriendo también al agresor, finalmente lograron reducirlo, amarrándolo con alambre y custodiado por la comunidad; en cuanto al señor ÓSCAR fue llevado al hospital para ser atendido e igual ocurrió con el agresor, quienes fueron remitidos a Pereira, asegurando el señor ÓSCAR que en la clínica Los Rosales de Pereira, donde se encontraban ambos, YPP le comentó que un señor de Santa Rosa le había pagado para matarlo, pero no suministró más datos”.

1.2.- Con ocasión de la aprehensión del señor YPP, se realizaron las audiencias preliminares (noviembre 12 de 2019) ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal con función de control de garantías de Pereira (Rda.), en donde: (i) se decretó la legalidad de la captura; (ii) se le formuló imputación como autor a título de dolo del delito de homicidio en grado de tentativa -arts. 103 y 27 inc. 1 C.P.-, en concurso heterogéneo con el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego -art.. 365 C.P.- verbo rector “portar”, ante lo cual GUARDÓ SILENCIO, y (iii) se le impuso detención preventiva en su domicilio.

1.3.- Ante esa no aceptación unilateral ni bilateral de cargos, la Fiscalía radicó escrito de acusación (diciembre 13 de 2019), donde le endilgó iguales conductas a las imputadas, el cual correspondió al Juzgado Penal del Circuito con función de conocimiento de Santa Rosa de Cabal (Rda.), donde se llevaron a cabo las diligencias de formulación de acusación (febrero 07 de 2020), y luego de varios aplazamientos, en la fecha fijada para la audiencia preparatoria (mayo 05 de 2020) la fiscalía indicó que se había llegado a un preacuerdo con el acusado, consistente en que acepta su responsabilidad, y a cambio de ello se le degrada su participación en el delito de tráfico, fabricación o porte de armas de fuego de autor a cómplice, y por ende la pena por tal ilícito quedaría en 54 meses, pero al concurrir la tentativa de homicidio, se le incrementa la misma en 24 meses, para un total de pena a imponer de 78 meses de prisión, ante lo cual se opuso el Ministerio Público al considerar que el tratamiento fue muy benigno y el apoderado de víctimas para señalar que el delito contra la vida es más grave, aplazada tal diligencia se procedió a su continuación (mayo 14 de 2020), en la que el procesado aceptó los cargos endilgados, y en consecuencia procedió a su aprobación. Reanudado el trámite amén del aplazamiento pedido por la defensa (mayo 28 de 2020), se adelantó la audiencia de individualización de pena y se dictó la respectiva sentencia, por medio de la que: (i) se declaró responsable a YPP por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego en concurso con homicidio en grado de tentativa; (ii) se le impuso una pena de 78 meses de prisión, la inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término de la pena y la privación del derecho de tenencia o porte de armas por 06 meses, y (iii) se le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena, así como la prisión domiciliaria, y se ordenó el comiso del arma.

1.4.-Inconforme con esa determinación, el sentenciado interpuso recurso de apelación que sustentaría por intermedio de su defensora, lo cual se haría por escrito.

**2.- DEBATE**

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

Pide se revoque el fallo adoptado en relación con la no concesión de la “detención” domiciliaria, amén de su afectación médica, lo cual sustenta en lo siguiente:

Su cliente fue herido en su pulmón derecho por proyectil de arma de fuego al momento de la comisión de los hechos, ante lo cual se le extirpó parte del mismo y aún se encuentra convaleciente, por lo que le pidió a la a quo que hasta tanto Medicina Legal le realice otra valoración, le permitiera permanecer en su residencia a raíz del estado de emergencia por la Covid-19 por ser un riesgo revocar la detención y trasladarlo a un centro carcelario, en tanto se sabe que dicho virus ataca con mayor gravedad a quienes padecen de deficiencias respiratorias, como es el caso de su defendido, ante lo cual se debe mantener el distanciamiento social y la cárcel no es lugar indicado para ello por el hacinamiento existente.

Tal pedimento no fue escuchado por la a quo, como quiera que para ella fueron suficientes las dos valoraciones realizadas donde solo determinaron una incapacidad médica, mas no resolvieron si su patología era o no compatible con el internamiento carcelario, máxime que las aludidas valoraciones lo eran para anexar al proceso amén de la denuncia por los mismos hechos.

Solicita se revoque la decisión adoptada, se deje provisionalmente a su defendido en su domicilio hasta que pase el estado de emergencia, y se allegue una nueva valoración al Juez de Ejecución de Penas para que sea este quien realice un estudio minucioso del caso.

**2.2.-** Los demás intervinientes, como sujetos no recurrentes, guardaron silencio.

**2.3.-** Debidamente sustentado el recurso, lo concedió en el efecto suspensivo y dispuso la remisión de la actuación y los registros pertinentes por medio virtual 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 es viable otorgar la prisión domiciliaria al señor **YPP**, como lo reclama su apoderada; en su defecto, si la decisión adoptada por la funcionaria a quo estuvo acorde a derecho.

**3.3.- Solución a la controversia**

Nos encontramos en presencia de un trámite abreviado por la temprana admisión de los cargos por parte del procesado, por la vía del preacuerdo, de manera libre, voluntaria, consciente, debidamente asistido, y profusamente 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 unilateral 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 procederá al análisis de fondo que en derecho corresponde.

En este caso en particular, el disenso de la apoderada del señor **YPP** radica en que por parte de la funcionaria de primer nivel no se le concedió a su defendido la prisión domiciliaria provisional, amén de la situación de salud que padece, e igualmente a raíz de la emergencia sanitaria que vive el país, en especial los centros de reclusión, derivada de la pandemia de la Covid-19, ante lo cual pide que de manera transitoria se le conceda tal sustituto hasta tanto se realice por parte de Medicina Legal una nueva valoración para establecer si su patología es incompatible o no con la reclusión intramural.

Frente a esa solicitud que elevó la letrada al momento de desarrollarse la audiencia contemplada en el artículo 447 C.P.P., y para lo cual aportó los dictámenes de Medicina Legal que obraban en la actuación, la funcionaria judicial con fundamento en lo reglado en el canon 314 C.P.P. consideró que no se cumplía con las exigencias legales dado quede dicha prueba documental se extrae que solo le otorgaron una incapacidad médica al señor **YPP**, sin acreditarse nada acerca de la gravedad de la enfermedad de su defendido, y por ello se negó lo solicitado.

De la información que se arrimó a la actuación, se evidencia con claridad meridiana que en efecto la funcionaria de primer nivel, con miras a atender el requerimiento efectuado, tuvo en consideración lo reglado en el numeral 4º del artículo 314 C.P.P. que a la letra dice:

“Artículo 314. SUSTITUCIÓN DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA.  La 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**[[1]](#footnote-1)” –negrilla de la Sala-

En atención a dicha exigencia, como así lo expresó la misma letrada al sustentar su recurso, se presentaron dos valoraciones médico legales realizadas al señor **YPP**, en las que se le otorgó una incapacidad médica por las lesiones que igualmente sufrió en los hechos por los cuales fue sentenciado, sin que en estas se haya indicado que padeciera de enfermedad incompatible con su vida en reclusión.

En cuanto a las exigencias para la concesión de la reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave, el artículo 68 C.P. dispone:

“El juez podrá autorizar la ejecución de la pena privativa de la libertad en la residencia del penado o centro hospitalario determinado por el INPEC, en caso que se encuentre aquejado **por una enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión formal**, salvo que en el momento de la comisión de la conducta tuviese ya otra pena suspendida por el mismo motivo. Cuando el condenado sea quien escoja el centro hospitalario, los gastos correrán por su cuenta.

**Para la concesión de este beneficio debe mediar concepto de médico legista especializado**. […]” –negrillas de la Sala-

Como quiera entonces que es un requisito *sine quanon* el que se soporte que la patología que actualmente se padece no es compatible con la estadía en centro carcelario, lo cual no se cumplió ante la funcionaria de primer nivel ni mucho menos ante esta Corporación, no podía accederse a lo solicitado, en tanto lo único que se corroboró con los dictámenes médicos allegados -nos referimos a los dictámenes UBPEI-DSRS-10934-2019 de diciembre 04 de 2019 y al UBPEI-DSRS-10934-2019 de enero 22 de 2020-, consistió en que las lesiones sufridas por **YPP** le generaron una incapacidad médico legal definitiva de 55 días, sin secuelas.

Ahora bien, no puede perderse de vista que amén de la situación actual que vive el país, derivada de la Covid-19, en especial en los centros carcelarios, tal situación motivó al Ejecutivo en ejercicio del poder de configuración legislativa que le confirió el Estado de Emergencia Económica, Social y Ambiental, a expedir el Decreto 546 de abril 24 de 2020 por medio del cual se dictaron medidas para sustituir la pena de prisión y la detención preventiva en establecimientos penitenciarios, por la prisión y la detención domiciliaria transitorias, respectivamente, a personas que se encuentran en circunstancias de mayor vulnerabilidad frente al Covid-19. De igual forma, se adoptan otras medidas para combatir el hacinamiento carcelario también para prevenir y mitigar el riesgo de propagación del aludido virus.

En esa dirección, según lo entiende la Sala, la defensa pide la concesión de la prisión domiciliaria provisional o temporal de su defendido, razón por la cual debe analizarse si en este caso específico es procedente la concesión a favor del sentenciado de tal sustituto, bajo el amparo de la mencionada normativa de excepción.

Y a ese respecto debe decir que el señor **YPP** tampoco cumple las exigencias a las que hace alusión el Decreto 546 de 2020, para ser merecedor de la prisión domiciliaria temporal, por cuanto si bien al parecer presenta una patología respiratoria, como lo dice su defensora, la realidad enseña que la pena que le fue impuesta -78 meses- es superior al límite contemplado en el ámbito de aplicación de dicho dispositivo, que se fijó en cinco años según se plasmó en el artículo 2º ídem. Incluso, al menos uno de los delitos por los que fue sentenciado, esto es, el de homicidio en grado de tentativa, se encuentra excluido acorde con lo establecido en el artículo 6º *ejusdem*.

Para la Sala entonces, la determinación proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal (Rda.) se encuentra ajustada a derecho, en tanto la a quo no podía adoptar un proveído distinto como quiera que la exigencia legal para que el señor **YPP** se hiciera merecedor de la sustitución de la prisión intramural por la domiciliaria por un estado grave de enfermedad incompatible con su vida en reclusión, no se cumplió. En consecuencia, se acompañará la decisión proferida por parte de la primera instancia.

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** la sentencia proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal (Rda.) en contra del ciudadano **YPP**, en lo que fue materia de apelación.

De conformidad con lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 4º del Acuerdo PCSJA20-11518 del 16 de marzo de 2020 y en la Circular CSJRIC20-75 expedida por el Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda, no se realizará audiencia de lectura de decisión, y por ende la presente determinación se le notificará por la Secretaría de esta Sala vía correo electrónico a las partes e intervinientes.

Contra la presente sentencia 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. Mediante sentencia C-163 de 2019, la Corte Constitucional declaró condicionalmente exequible el aparte en negrilla, bajo el entendido que también se pueden presentar peritajes de médicos particulares. [↑](#footnote-ref-1)