

PROCESO: 050016000000 2021-00208  
DELITO: Fabricación, tráfico porte o tenencia de armas de fuego y  
Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes  
ACUSADA: Olga Patricia Bedoya Bedoya  
PROCEDENCIA: Juzgado 25 Penal del Circuito  
OBJETO: Apelación de sentencia por preacuerdo  
DECISIÓN: Confirma  
M. PONENTE: Luis Enrique Restrepo Méndez  
SENTENCIA No: 032-2021



### **SALA DE DECISIÓN PENAL**

**Medellín, veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)**

**Proyecto aprobado según acta Nro. 122**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor contractual de **OLGA PATRICIA BEDOYA BEDOYA**, en contra de la sentencia proferida el 29 de junio de este año, por el Juzgado 25 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín, a través de la cual la declaró penalmente responsable del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, en concurso con tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en virtud de un preacuerdo.

### **1. HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES**

Fueron narrados por el *a quo* así:

*TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN*  
*SALA DE DECISIÓN PENAL*  
*RADICADO NRO. 050016000000 2021-00208*  
*Olga Patricia Bedoya Bedoya*

*“El 20 de octubre de 2020, a las 20:30 horas aproximadamente, durante la diligencia de allanamiento y registro realizada en la carrera 36 No. 55 – 38, barrio Boston de esta ciudad, fue capturada OLGA PATRICIA BEDOYA BEDOYA al haber encontrado en su lugar de residencia, una pistola calibre 7.55 mm con un proveedor que contenía 4 cartuchos del mismo calibre, 398.7 gramos peso neto de marihuana y 60.8 gramos peso neto de cocaína y derivados. Los elementos incautados fueron sometidos a valoración en balística forense y PIPH, cuyos resultados fueron que el arma y los cartuchos son aptos para el fenómeno del disparo y se encontraban en buen estado de conservación, así como las sustancias fueron confirmadas como cannabis y cocaína y derivados”.*

Del 21 al 26 de octubre de 2020 ante el Juzgado 3º Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de esta ciudad, se llevaron a cabo las audiencias preliminares en desfavor de dieciséis indiciados, entre ellos, la procesada a quien se le legalizó el procedimiento de allanamiento y registro, captura, formulación de imputación por los delitos de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, en concurso con tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, art. 365 y 376 inc. 2º del C. Penal y se le impuso medida de aseguramiento no privativa de la libertad. No hubo allanamiento a cargos.

El 18 de diciembre de 2020 la Fiscalía radicó el escrito de acusación, actuación que le correspondió al Juzgado 25 Penal del Circuito de esta ciudad, quien fijó fecha para su formulación oral el 16 de abril de 2021, momento en que la fiscalía le anunció que había llegado a un preacuerdo con las partes consistente en que Olga Patricia Bedoya Bedoya aceptaba los cargos por los delitos imputados y a cambio la fiscalía, le degradaba la conducta de autora a cómplice, acordándose una pena a imponer de 56 meses de prisión y multa de 4 SMLMV para el año 2020.

El *a quo* aprobó el preacuerdo, dio paso a la audiencia de que trata el artículo 447 del C. de P.P. y profirió la decisión objeto de alzada.

## **2. LA SENTENCIA OBJETO DE RECURSO**

El *a quo* en primer lugar, resaltó que, aunque se trataba de una sentencia producto de un preacuerdo, el operador judicial debía tener conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y la responsabilidad del procesado, para tal fin la fiscalía allegó una serie de

*TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN*  
*SALA DE DECISIÓN PENAL*  
*RADICADO NRO. 050016000000 2021-00208*  
*Olga Patricia Bedoya Bedoya*

elementos con vocación de prueba que permiten respaldar la aceptación de los cargos realizada por Olga Patricia Bedoya Bedoya.

Tras hacer alusión a los elementos del delito, como la antijuridicidad y la culpabilidad, indicó que era viable, como así lo hizo, emitir una sentencia adversa a los intereses de Olga Patricia Bedoya Bedoya, máxime cuando medió la aceptación de los cargos endilgados en virtud de un preacuerdo.

Indicó que, para conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena, establecida en el Art. 63 del C.P, se debía verificar el cumplimiento de una serie de requisitos, entre ellos que la pena de prisión a imponer no excediera los cuatro años; circunstancia que no se cumplió en este evento, pues la pena a que se hizo acreedora Bedoya Bedoya fue de 56 meses, de ahí que no resultara viable la concesión del subrogado.

Frente a la prisión domiciliaria contenida en el art. 38 B del CP, resaltó que, si bien es cierto, la acusada no cuenta con antecedentes penales, también lo es que, la pena mínima por el delito descrito y sancionado en el art. 365 del C.P parte de 9 años de prisión, bajo el entendido que, al degradarse su forma de participación de autora a cómplice, ello fue sólo para efectos de punibilidad. En consecuencia, resaltó que no se cumplía con el requisito objetivo del Art. 38B del CP.

Finalmente explicó que no había sustento legal para concederle a la sentenciada la suspensión de la ejecución de la pena por enfermedad grave, a la manera solicitada por el representante del Ministerio Público; y respecto de la petición de la defensa para que por el mismo motivo, se le concediera la prisión domiciliaria, advirtió que una vez revisada la historia clínica, se supo que Olga Patricia padecía entre otras enfermedades, lupus eritematoso sistémico, diagnóstico por el que ha venido recibiendo tratamiento desde el año 2013 hasta el 2020; no obstante, dijo desconocer cuáles eran las implicaciones de sus enfermedades, si eran o no incompatibles con la reclusión en establecimiento carcelario, o si los tratamientos que requería podían ser recibidos o no en el centro penitenciario, pues la defensa no allegó dictamen de médico legista u oficial y tampoco probó la circunstancia alegada en punto a la inexistencia de servicios de salud especializados por parte del INPEC.

De esa manera, negó la prisión domiciliaria por enfermedad grave a la ciudadana Olga Patricia Bedoya Bedoya.

La decisión fue apelada por la defensa.

### 3. DEL RECURSO

El defensor contractual de **Olga Patricia Bedoya Bedoya** mostró inconformidad con la decisión del juez de instancia, para soportar su censura indicó:

*“Desde ya se informa que la apelación se presenta respecto a la negativa de conceder la PRISION (sic) DOMICILIARIA de la señora OLGA PATRICIA BEDOYA BEDOYA, por las razones que a posteriori se explicaran y sustentaran. Por lo tanto, el reparo en segunda instancia se circunscribe a plantear el debate en torno a esta forma especial de ejecución de la pena, motivo por el cual se hace irrelevante para lo que interesa al recurso, una narración completa de todas las partes de la sentencia impugnada. Ahora pues, también existen situaciones que como constitutivas de vicios, pudieran configurar causales de nulidad, de la audiencia de individualización de la pena consagrada en el artículo 447 CPP, como se sustentará a continuación”.*

A renglón seguido señaló, en primer lugar, que el *a quo* no tuvo en cuenta “la amplia línea jurisprudencial que enseña la diferencia entre actos predelictuales y actos postdelictuales, con relación a la consecución de beneficios en la ejecución de la pena”<sup>1</sup>. Todo ello para resaltar que la conducta punible del artículo 365 con la diminuyente de la complicidad hace jurídicamente posible acceder *in limine* a la sustitutiva del artículo 38 y 38 B del CP.

Reconoció que en el preacuerdo entre fiscalía y la acusada, se suscribió como único beneficio el de degradar la conducta a la modalidad de complicidad para obtener un descuento punitivo, no obstante, en el mismo no se estipuló que la defensa renunciara a pedir ante la judicatura, en el escenario respectivo (audiencia de la individualización de la pena), o bien la sustitutiva por vía genérica del artículo 38 y 38B del CP, o la sustitutiva especial consagrada en el artículo 314, en este caso numeral 4 del C de P. P, máxime

---

<sup>1</sup> Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia. SP7100- 2016.

*TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN*  
*SALA DE DECISIÓN PENAL*  
*RADICADO NRO. 050016000000 2021-00208*  
*Olga Patricia Bedoya Bedoya*

cuando el preacuerdo no violó principios ni garantías fundamentales, aprestigió la administración de justicia y cumplió con los estándares del artículo 348 de la ley 906 de 2004.

Adujo que el requisito objetivo del art. 38B del C. P se cumplió en este evento, ya que la pena impuesta a su representada fue de 54 meses de prisión por el delito descrito en el art. 365 del C.P más 2 meses más por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, para un total 56 meses de prisión, es decir, muy debajo de los 8 años que señala la norma.

En segundo término, advirtió que, para resolver sobre la petición de domiciliaria con base en el artículo 314-4 del C. de P. P, se dijo por el fallador que revisó la historia clínica de la acusada, es decir, pudo identificar que su asistida padece una enfermedad denominada lupus eritematoso sistémico que ha conllevado al deterioro de su salud, sin embargo, durante el trámite de la audiencia de individualización de la pena, no le consultó si requería mayor información, tal y como lo faculta el inciso 2º del art. 447 ibidem.

En este punto, hizo mención del Decreto 546 de 2020 por el cual se adoptaron medidas para sustituir la pena de prisión y la medida de aseguramiento en establecimientos penitenciarios y carcelarios a personas que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad frente al COVID-19, el cual, en su sentir, le es aplicable a su defendida, pues tiene cáncer y requiere medicamentos inmunosupresores, tal y como lo ha sostenido durante todo el proceso, además, luego de consultar algunos artículos de la Universidad Javeriana y literatura científica determinó que Olga Patricia Bedoya tiene un alto riesgo de contraer infecciones penitenciarias entre ellas, tuberculosis pulmonar, hepatitis B y hepatitis C, entre otras.

Luego de mencionar algunos artículos médicos que soportan su petición, adujo que en la audiencia de individualización de la pena acreditó, a través de la historia clínica que la enfermedad de su asistida era grave e incompatible con el estado de reclusión en la medida que no era un secreto que el sistema de salud penitenciario subsidiado era precario, por lo que censura la afirmación del juez de instancia relativa a que era él quien debía demostrar que no existían condiciones dignas de reclusión que hicieran incompatible la internación con el estado de salud de su representada.

De otro lado, en el acápite denominado **“Otras consideraciones”** dijo: i) no entender cómo el funcionario de primer grado *“no ubicó el porte de estupefaciente en uno de los 12 verbos rectores que lo integran (vender, llevar consigo, suministrar, transportar, entre otros), como si ocurrió con el porte de arma de fuego, el cual fue establecido típicamente en el verbo rector tener”*; lo que en su sentir *“podría desembocar en una NULIDAD”* porque esto no permite saber cuál fue el comportamiento por el que fue condenada su representada. ii) que de haberse ampliado la información en la audiencia del art. 447 del C. de P.P *“no estaría enfermo el proceso”* y se conocerían cuáles eran los tratamientos y cuidados especiales que requiere la sentenciada, por ese motivo también solicitó la nulidad desde la audiencia de individualización de la pena; y iii) dejó constancia que desde las audiencias preliminares fue solicitada por la Fiscalía y el Ministerio Público, la detención domiciliaria, sin embargo, fue la juez quien la varió por una no privativa de la libertad, con el objeto de facilitarle su desplazamiento a los centros de salud donde acude a sus tratamientos terapéuticos y de quimioterapia, lo que demuestra que Olga Patricia ha cumplido con los compromisos adquiridos.

En consecuencia, solicitó que se revise la decisión impugnada y se conceda la prisión domiciliaria a favor de su asistida, pues las historias clínicas del H. San Vicente de Paul, Sura y Artmédica acreditan su estado de salud. También pidió *“que se anule la sentencia recurrida en el punto de discusión, a partir de la audiencia de individualización de la pena; y en todo caso se modifique en el sentido de reconocer la sustitución de la prisión intramural por la prisión domiciliaria general o la especial a la señora Olga Patricia Bedoya Bedoya”*.

#### **4. CONSIDERACIONES**

4.1 Esta Sala posee la competencia para abordar el estudio de la decisión proferida por el *a quo*, en virtud del factor funcional determinante de la misma, consagrado legalmente en el artículo 34 numeral 1 de la ley 906 de 2004.

4.2 Pues bien, ha de recordar la Sala el carácter restringido que ostenta la competencia del *ad quem*, que lo obliga a circunscribir su análisis única y exclusivamente al tema

propuesto por el recurrente, con mayor razón cuando nos enfrentamos a un fallo de condena producto de una forma de terminación anticipada del proceso, circunstancia que restringe el alcance del interés para recurrir y, por contera, en mayor grado, la competencia de esta Corporación.

4.3 Resaltado lo anterior, los problemas jurídicos que plantea el recurrente, básicamente se contraen a determinar, i) si dado el monto de la pena impuesta a la sentenciada era procedente el reconocimiento de la prisión domiciliaria, en aplicación de lo estipulado por el art. 38B del C.P; ii) si se equivocó el juez de primer grado al no conceder la reclusión domiciliaria por grave enfermedad, de conformidad con el art. 314 numeral 4° del C. de P.P; iii) si existe nulidad de la actuación al no ubicar el verbo rector de la conducta punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes; y iv) si esa misma invalidez de la actuación se configura desde la audiencia de individualización de la pena, bajo el entendido que el fallador no dio aplicación al inciso 2° del art. 447 del C. de P.P.

4.4 La dispersión de argumentos tendientes a derrumbar la sentencia de primera instancia impone dar orden a la alegación, obligándose, por cuenta del principio de prioridad, a atender primero el que toca con la invalidez de lo actuado, pues en caso de prosperar haría improcedente abordar los otros reparos postulados.

### ***De la nulidad***

4.5 En primer lugar, indica el censor que el funcionario de primera instancia no ubicó el porte de estupefacientes en uno de los doce verbos rectores que integran la conducta punible, de ahí que su representada desconozca el comportamiento por el que resultó condenada. Esta afirmación, en sentir del Tribunal encierra una forma velada de retractación que está proscrita por el ordenamiento adjetivo. Al respecto resulta pertinente recordar lo sostenido por la Corte hace algún tiempo en los siguientes términos:

*“En reciente decisión<sup>2</sup> se indicó que es cierto que en casos en los que libre y voluntariamente el infractor de la ley penal acepta su responsabilidad en los hechos, es posible alegar la nulidad del trámite por la trasgresión de garantías fundamentales, siempre que se tenga en cuenta que ese tipo de situaciones están regidas por el principio de irrectatabilidad, es decir que no es posible discutir los*

---

<sup>2</sup> CSJ AP., 24 jul. 2017 rad. 50653

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN  
SALA DE DECISIÓN PENAL  
RADICADO NRO. 050016000000 2021-00208  
Olga Patricia Bedoya Bedoya

*términos de aceptación de la responsabilidad penal una vez el juez ha verificado su legalidad, a menos que se presenten situaciones excepcionales que la propia ley prevé y que ha desarrollado la jurisprudencia.*

*Al respecto la Corte se ha pronunciado como sigue:*

*El artículo 293 de la ley 906 de 2004, dispone que el allanamiento a cargos o el acuerdo son vinculantes para la fiscalía y el imputado, de modo que el juez una vez determina que es voluntario, libre y espontáneo, debe aceptarlo, sin que a partir de este momento sea posible la retractación de alguno de los intervinientes, salvo que lo aceptado o acordado desconozca las garantías fundamentales.*

*Debido al principio de irrevocabilidad que los rige, las partes se encuentran inhabilitadas para revocar, reformar, modificar o desconocer sus términos; permitirlo sería afectar la buena fe, la lealtad procesal, la seguridad jurídica y la pronta y eficaz administración de justicia, fines del sistema acusatorio<sup>3</sup>.*

*En esas circunstancias el recurso extraordinario busca desconocer el allanamiento a cargos de los procesados en la audiencia de formulación de la imputación, propósito que contradice el mandato legal arriba mencionado.*

*El casacionista olvida que los imputados al aceptar los cargos, renuncian entre otros derechos, al de no autoincriminación, a un juicio público, oral, contradictorio, concentrado e imparcial, con inmediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, a cambio de una rebaja de la pena a imponer. (CSJ AP, 25 mar. 2015 rad. 43505)”<sup>4</sup>.*

Lo anterior se hace aplicable al caso concreto, pues a la acusada le fueron explicadas con detalle todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar que dieron lugar a la imputación sin que ello admita ningún tipo de duda. Fueron esos supuestos fácticos los que aceptó debidamente informada acerca de sus consecuencias, luego, ninguno de sus derechos fundamentales puede entenderse socavado. El siguiente es el contenido que en su momento la fiscalía otorgó al acto de imputación:

*“Señora Olga patricia bedoya la fiscalía le formula imputación por infracción al CP art. 365 fabricación, tráfico porte o tenencia de armas de fuego, esto en particular con la pistola calibre 7.65, un proveedor y 4 cartuchos para la misma que le fueron incautados el 20 de octubre de 2020 a las 20:30 en la cra 36 No. 55-38 barrio Boston en concurso, de conformidad con el art. 31 del CP, en concurso material heterogéneo con el injusto contemplado en el art. 376 esto es tráfico, fabricación o porte de estupefacientes teniendo en cuenta los 410 gramos de una sustancia vegetal que le fue incautada a usted en la misma diligencia en la fecha ya referida y nuevamente en concurso material homogéneo por este mismo art.*

<sup>3</sup> Casación julio 8 de 2009, radicación 31280

<sup>4</sup> CSJ SP. 621-2018 del 4 de abril de 2018, radicado 52053

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN  
SALA DE DECISIÓN PENAL  
RADICADO NRO. 050016000000 2021-00208  
Olga Patricia Bedoya Bedoya

*376, por los 65 gramos de sustancia pulverulenta similar a la cocaína. Para estos efectos, estos dos últimos art. 376 que le ha referido la fiscalía es el inciso 2° del C.P”<sup>5</sup>*

Quedó perfectamente establecido que se le imputó haber encontrado en su poder unos elementos y unas sustancias cuyo porte está prohibido por la ley.

En posterior audiencia, la fiscalía al momento de dar a conocer los términos del preacuerdo hizo una descripción de los hechos tal y como fueron plasmados en el escrito de acusación así:

*“El día 20 de octubre de 2020, siendo las 20:30 horas, durante diligencia de allanamiento y registro, realizada en la carrera 36 No. 55-38 del barrio Boston de esta ciudad, fue capturada en flagrancia la señora OLGA PATRICIA BEDOYA BEDOYA, con cedula 42.792.829, quien tenía en su lugar de residencia una pistola calibre 7.55 mm, con un proveedor el cual contenía 14 cartuchos del mismo calibre, **además almacenaba y conservaba** en un lugar 410 gramos de marihuana y 65 gramos de cocaína. La señora OLGA PATRICIA BEDOYA BEDOYA, tenía en su residencia la pistola, munición y estupefaciente referidos, sin permiso de autoridad competente, además **almacenaba y conservaba** en este lugar 410 gramos de marihuana y 65 gramos de cocaína, y quiso hacerlo. Las conductas desplegadas por la señora OLGA PATRICIA, pusieron en peligro efectivo los bienes jurídicos tutelados de la seguridad y la salud pública”<sup>6</sup>. (Subraya y negrilla de la Sala)*

De lo visto, necesario resulta concluir el carácter equivocado del argumento esgrimido por la defensa, lo que sugiere, itera la Sala, una solapada intención de retractarse de lo acordado, proceder que no puede ser de recibo por la judicatura. En el *sub examine*, la fiscalía puso de presentes los hechos jurídicamente relevantes que sustentaban la imputación y luego la aceptación de cargos para, acto seguido, explicar las normas jurídicas aplicables al caso, al punto que ni la defensa, que valga advertir es el mismo abogado recurrente, ni la procesada, realizaron pronunciamiento alguno que pusiera de presente una irregularidad inexistente.

Pero como si lo anterior no fuera suficiente, dígame que, al momento de la verbalización del preacuerdo ante el juez, la fiscalía recabó en los mismos verbos rectores consignados en el escrito de acusación, y en esos términos fueron aceptados los cargos por parte de la

---

<sup>5</sup> Audiencia de formulación de imputación del 23 de octubre de 2020. Minuto: 01:53

<sup>6</sup> Audiencia de acusación con preacuerdo del 16 de abril de 2021 a partir del minuto: 59:49

aquí procesada, de ahí que ninguna incidencia tenga que en la sentencia, no se hubiesen relacionado dichos verbos rectores, pues este hecho posterior ninguna repercusión puede tener en el consentimiento expresado en una audiencia anterior. Por tanto, la afirmación del censor no cuenta con un soporte serio y fundado. En este sentido, la solicitud de nulidad es improcedente.

4.6 En segundo término, el censor solicitó la invalidez de la actuación desde la audiencia de individualización de la pena, en atención a que el fallador no dio aplicación al inciso 2º del art. 447 del C. de P.P, con el fin de reconocer a la procesada la reclusión domiciliaria por enfermedad grave.

El tenor de la norma invocada es el siguiente:

***ARTÍCULO 447. INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA Y SENTENCIA.*** *Si el fallo fuere condenatorio, o si se aceptare el acuerdo celebrado con la Fiscalía, el juez concederá brevemente y por una sola vez la palabra al fiscal y luego a la defensa para que se refieran a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable. Si lo consideraren conveniente, podrán referirse a la probable determinación de pena aplicable y la concesión de algún subrogado.*

*Si el juez para individualizar la pena por imponer, estimare necesario ampliar la información a que se refiere el inciso anterior, podrá solicitar a cualquier institución pública o privada, la designación de un experto para que este, en el término improrrogable de diez (10) días hábiles, responda su petición...*

Al respecto, la Sala precisa que las nulidades procesales se generan por incompetencia del juez o por violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales, pues así lo ordenan los artículos 456 y 457 del C. de P.P.

Ahora, si bien estas causales son genéricas, su aplicación a casos concretos se matiza a través de una serie de principios racionalizadores elaborados por la doctrina y la jurisprudencia, entre los cuales pueden mencionarse los de especificidad, trascendencia, protección, convalidación e instrumentalidad de las formas, entre otros.

Para el caso resulta pertinente traer a colación el principio de protección, según el cual no podrá invocar la nulidad quien con su acción u omisión haya dado lugar a la irregularidad que invoca como generadora de la invalidez. Estas las razones:

4.7 El 16 de abril de este año la defensa aportó al juzgado de primera instancia la historia clínica de su asistida, con la pretensión de acreditar que ésta padecía una enfermedad grave incompatible con la reclusión formal, ya que desde hace algunos años fue diagnosticada con lupus eritematoso sistémico. Además, informó que recibía quimioterapia que la hacía vulnerable al Covid-19.

La referida solicitud fue negada por el *a quo* al considerar que la defensa no probó la circunstancia alegada pues omitió allegar informe de médico legista u oficial que concluyera la incompatibilidad de la enfermedad con la reclusión en establecimiento carcelario, requisito exigido por el artículo 68 del C.P.

Visto lo anterior, para esta Sala es evidente que la defensa recurrente pretende trasladar al juez la omisión que solo puede serle imputable a esa parte. Es cierto que el juez tiene la facultad de complementar la actividad probatoria, pero la carga probatoria recae esencialmente en las partes, en este caso en la defensa. Más claro, la parte debe presentar su solicitud de manera completa y solo si el juez considera que puede adicionarla a fin de decidir en un determinado sentido, lo hará en la forma en que lo prevé la norma. Para el caso el juez consideró que tal como fue postulada la pretensión debía ser negada y así procedió. Esta actuación es legítima. Que el juez haya dejado de decretar pruebas de oficio no genera nulidad en la actuación, con mayor razón cuando la defensa, en sede de ejecución de penas puede suplir su omisión aportando los elementos que se extrañan en el presente asunto.

En otras palabras, si lo que buscaba la defensa de Olga Patricia Bedoya era establecer las circunstancias que permitieran a su asistida acceder a la prisión domiciliaria por enfermedad grave, su deber era acreditar no sólo los quebrantos de salud, sino también la incompatibilidad de los mismos con la vida en reclusión, aspecto que de acuerdo con lo previsto en la norma exige el concepto de peritos oficiales o incluso también de peritos particulares si se atiende a lo establecido en la sentencia C-163 de 2019.

De modo que, pretender cambiar el sentido de la ley para convertir una atribución facultativa en un deber imperativo del juez no solo constituye un desafortunado esfuerzo

lingüístico, sino también un desesperado intento por hacer valer a su favor su propia incuria.

En suma, los razonamientos expuestos evidencian que la pretensión del recurrente es infundada, ya que el no ejercicio de la atribución prevista en el inciso 2º del artículo 447 del C. de P. P no comprometió las garantías procesales de la acusada. Por el contrario, se trató de una postura legítima y sustentada en los medios de conocimiento ofrecidos por las partes. Por tal motivo, la Sala no anulará la actuación.

#### ***Del reconocimiento de la prisión domiciliaria en virtud del preacuerdo***

4.8 Refiere el abogado recurrente que, en consideración al monto de la pena finalmente impuesta, 56 meses de prisión, resultaba procedente la prisión domiciliaria a que refiere el art. 38B del C.P.

Incorre el defensor en un elemental error de interpretación de la norma que invoca. Estas las razones:

El artículo 38B en lo que interesa al tema en discusión señala de manera textual:

***ARTÍCULO 38B. REQUISITOS PARA CONCEDER LA PRISIÓN DOMICILIARIA.*** *Son requisitos para conceder la prisión domiciliaria:*

*1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos.*

El dislate en que incurre la defensa surge palmario, pues toma como fundamento de su petición la pena impuesta, 56 meses de prisión, no la pena que se encuentra plasmada en la norma aplicable en el asunto bajo examen, el artículo 365 inciso primero, que consagra una sanción mínima de 9 años.

4.9 Tampoco es cierto que deba examinarse la procedencia de este sustituto a la luz de la conducta preacordada. Del texto de lo acordado se infiere con claridad que la modalidad de acuerdo a que acudieron las partes fue concebido para efectos de atenuar la punibilidad sin modificar la calificación jurídica de la conducta. A esta modalidad de preacuerdo se refirió la jurisprudencia de la Corte recientemente en los siguientes términos:

**6.2.2.2.2.1. La referencia a normas penales no aplicables al caso, con el único propósito de establecer el monto del beneficio otorgado en virtud del acuerdo**

En estos eventos, la pretensión de las partes no se orienta a que el juez incluya en la condena una calificación jurídica que no corresponda a los hechos jurídicamente relevantes. Por ejemplo, que se asuma en el fallo que el autor es cómplice o que el procesado, sin corresponder ello a la realidad, actuó bajo una circunstancia de menor punibilidad como la regulada en el artículo 56 del Código Penal.

Bajo esta modalidad, la alusión a normas penales favorables al procesado, que no corresponden a la hipótesis factual aceptada, tiene como única finalidad establecer el monto de la rebaja. Así, por ejemplo, las partes aceptan que quien ontológicamente es autor sea condenado como tal, pero se le atribuya la pena que le correspondería si fuera cómplice. Asimismo, y también a manera de ilustración, no se pretende que el juez incluya en la calificación jurídica la circunstancia de menor punibilidad prevista en el artículo 56, sino que rebaje la pena en la proporción que correspondería si la misma se hubiera demostrado.

Cuando se opta por este mecanismo, realmente no se presenta una situación problemática en cuanto a la correspondencia entre los hechos y su calificación jurídica (como en el evento analizado en el numeral anterior). Los debates relevantes se centran en el monto de la rebaja, pues el hecho de establecer la misma a partir de la alusión a normas penales más favorables (que no corresponden a los hechos aceptados), puede dar lugar a descuentos punitivos desbordados, por las razones que se estudiarán más adelante.

Ello, sin perjuicio de los debates que pueden suscitarse en el evento de que las partes no aclaren si el acuerdo abarca algún subrogado o cualquier otra decisión relevante sobre la pena o su forma de ejecución.

En síntesis: (i) en esta modalidad de acuerdo no se pretende que el juez, al emitir la condena, le imprima a los hechos aceptados una calificación jurídica que no corresponde, lo que elimina cualquier debate acerca de la correspondencia entre los hechos jurídicamente relevantes y la norma penal aplicada; (ii) ello la diferencia de la modalidad de acuerdo analizada en el acápite anterior; (iii) la alusión a normas penales que no corresponden tiene como única finalidad establecer el monto de la rebaja; (iv) bajo esta variante, el debate no se centra en la correspondencia entre los hechos y su calificación jurídica, sino en el monto del beneficio que finalmente se otorga a través de la alusión a las consecuencias punitivas previstas en normas penales que no se avienen a los hechos aceptados por las partes; (v) por tanto, su viabilidad legal solo podría verse afectada ante concesiones desproporcionadas, sin perjuicio de la trasgresión de los derechos del procesado o de otras formas de violación de los derechos de las víctimas; y (vi) el

*acuerdo debe ser suficientemente claro, para evitar debates innecesarios sobre sus términos, la concesión de subrogados, etcétera.* <sup>7</sup>

### ***Del caso concreto***

4.10 En el presente asunto, al poner a consideración del juez el preacuerdo el fiscal del caso manifestó:

*“En lo que tiene que ver con los términos del preacuerdo la procesada Olga Patricia Bedoya Bedoya en esta oportunidad **acepta los cargos por los cuales la acusa o le formuló imputación la Fiscalía General de la Nación**, y en consecuencia lleva a cabo el siguiente preacuerdo:*

*Que la fiscalía tiene en cuenta atendiendo los preceptos que dispone el legislador en el art. 350 numeral 2º del C. de P.P y para el efecto le tiene en cuenta también lo que indica el art. 30 del C.P inciso 3º y es para el delito que tiene la pena más alta un grado de complicidad que para este efecto es el art. 365 del C.P que parte de una pena de 9 años y va hasta 12 años de prisión. En lo que tiene que ver en consecuencia, con los términos de este preacuerdo se parte de ese injusto del art. 365 como ya se reitera y se le otorga la mitad de la pena, esto es partiendo de una pena de 4 años 6 meses equivalentes al 54 meses de prisión. Pena a la que se le suman por el concurso heterogéneo de conductas de conformidad con el art. 31 del C.P, un mes más por un evento que corresponde a los 410 gramos de marihuana, y un mes más, por los 65 gramos de cocaína que le fueran incautados en su residencia.*

*En consecuencia, la pena acordada queda en 56 meses de prisión equivalentes a 4 años 8 meses de prisión y multa de 4 SMLMV. En estos términos se lleva a cabo el referido preacuerdo con la referida ciudadana”<sup>8</sup>.*

Queda claro entonces que las partes acordaron que la procesada aceptaría su responsabilidad por los delitos por los cuales fue acusada y respecto de los cuales se le formuló imputación, acude el Tribunal al orden en que fue anunciado el preacuerdo, luego, la imputación y acusación plasmada en el respectivo escrito se profirió a título de autora de esas delincuencias, circunstancia que permite inferir, se insiste, que se está ante la modalidad de preacuerdo anunciada atrás. Consecuencia ineludible de lo anterior es la improcedencia del sustituto invocado.

Así las cosas, la decisión será confirmada.

<sup>7</sup> CS de J, SP2073-2020, 52.227 del 24 de junio de 2020, criterio reiterado en SP2295-2020 radicado 50.659 de 8 de julio de 2020.

<sup>8</sup> Audiencia de acusación con preacuerdo del 16 de abril de 2021 a partir del minuto 1:03:38

***De la reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad grave***

4.11 Para el efecto el artículo 68 del Código Penal, establece lo siguiente:

*“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.*

*Se aplicará lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 38.*

*El Juez ordenará 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.*

*Si cumplido el tiempo impuesto como pena privativa de la libertad, la condición de salud del sentenciado continúa presentando las características que justificaron su suspensión, se declarará extinguida la sanción.”.*

El artículo 38 de la misma obra, modificado por el artículo 22 de la Ley 1709 de 2014 señala:

*“La prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión consistirá en la privación de la libertad en el lugar de residencia o morada del condenado o en el lugar que el Juez determine.*

*El sustituto podrá ser solicitado por el condenado independientemente de que se encuentre con orden de captura o privado de su libertad, salvo cuando la persona haya evadido voluntariamente la acción de la justicia.*

*PARÁGRAFO. La detención preventiva puede ser sustituida por la detención en el lugar de residencia en los mismos casos en los que procede la prisión domiciliaria. En estos casos se aplicará el mismo régimen previsto para este mecanismo sustitutivo de la prisión”.*

Por su parte, el numeral 4 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004, preceptúa lo siguiente:

*“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.*

*El juez determinará si el imputado o acusado deberá permanecer en su lugar de residencia, en clínica u hospital.*

*(...)”*

Bajo estos parámetros, lo primero que debe indicarse es que los artículos 68 del C. P y 314 de la Ley 906 de 2004, establecen que el juez “*podrá*” autorizar la reclusión domiciliaria por enfermedad muy grave o “*podrá*” sustituirse la detención preventiva en establecimiento carcelario por la del lugar residencia, lo que indica que se trata de una facultad optativa, pues la norma no obliga al funcionario a otorgar la medida, aun cuando se cumplan con los requisitos allí estatuidos.

En ese sentido y atendiendo dichos factores, para determinar si resulta procedente otorgar la reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad grave el juez debe evaluar, entre otras cosas, que el padecimiento presentado por el solicitante sea, además de muy grave, incompatible con la reclusión formal, lo que implica que no sea cualquier padecimiento sino aquel que se vea seriamente agravado por la reclusión en sí misma.

De lo anterior se deduce con claridad, que, si la enfermedad puede ser tratada intramuralmente, no hay tal incompatibilidad y entonces la medida a tomar no puede ser la reclusión domiciliaria, sino la adopción de medidas médicas adecuadas dentro del penal para preservar la salud y la vida del condenado. Obviamente esto sin perjuicio de que se pueda disponer, de igual manera, de reclusión hospitalaria permanente o temporal, si la situación así lo amerita.

4.12 Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que, para sustentar probatoriamente la petición de prisión domiciliaria a favor de **OLGA PATRICIA BEDOYA BEDOYA** conforme a lo establecido en el artículo 68 del C. Penal, su defensor aportó los siguientes elementos materiales probatorios:

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN  
SALA DE DECISIÓN PENAL  
RADICADO NRO. 050016000000 2021-00208  
Olga Patricia Bedoya Bedoya

i) Historia clínica del Hospital Universitario San Vicente Fundación del 19 de octubre de 2016, donde se advierte en el aparte de antecedentes personales lo siguiente:

*“Lupus Eritematoso sistémico (2004), lesiones en piel, alopecia difusa. Artralgias, úlceras orales. Fenómeno de Raynaud en segundo dedo de mano derecha. Leucopenia, linfopenia, hipocomplementemia...Enteritis lúpica (2009), Pseudooclusión intestinal + Colitis de sigmoides y descendente + hemorragia digestiva inferior secundaria + Hemorragia digestiva superior por úlcera duodenal (oct-2012) Ileitis distal con ulceración (enero 2013)...”*

ii) Solicitud de autorizaciones de servicios en salud del 2016/12/05.

iii) Recomendaciones para familias de pacientes colonizados por microorganismos multirresistentes del Hospital San Vicente Fundación.

iv) Historia clínica del Centro de Especialistas de fecha 2017/09/04 donde se indica en diagnóstico: *“otras colitis y gastroenteritis no infecciosa especificada. Lupus eritematoso sistémico, sin otra especificación”*.

v) Historia clínica de la EPS SURA del 2020/12/14 consulta por Lupus eritematoso, consulta por dermatología, fisioterapia y reumatología del 2020/10/13, control por oftalmólogo del 2020/05/27 y formato de historia clínica del 04/03/2021 cita de control por reumatología, entre otras consultas realizadas por enfermedad general.

4.13 Pues bien, revisada la documentación, para la Sala es claro que ninguna discusión subsiste en torno a las múltiples afecciones que padece la procesada y las limitaciones que conllevan; sin embargo, la verdad es que los elementos de persuasión aportados no revelan que dichas patologías resulten incompatibles con la vida en reclusión formal y tampoco que la asistencia que su condición reclama no pueda ser prodigada por parte de las autoridades penitenciarias.

En este evento, brilla por su ausencia dictamen del Instituto Nacional de Medicina Legal donde se establezca que la procesada se encuentra en estado grave por enfermedad, al punto que sea incompatible con la vida en reclusión, requisito *sine qua non* para estudiar el mecanismo sustitutivo, pues las afirmaciones realizadas por el defensor en punto a las probabilidades de fallecimiento de su asistida, o de infectarse con otra serie de

enfermedades que padece la población carcelaria son opiniones personales sin fundamento científico, que en manera alguna pueden ser una justificación para su otorgamiento.

4.14 De otro lado, argumentó el censor que en razón a la pandemia por el Covid-19, la población carcelaria es una de las más afectadas, por ese motivo deprecó el sustituto de la prisión domiciliaria para su asistida, teniendo en cuenta que, es posible aplicar a su favor el Decreto 546 de 2020; no obstante, la emergencia sanitaria que actualmente vive el país no habilita de manera automática la concesión de dicho beneficio.

Y es que mediante el Decreto 546 del 14 de abril de 2020 el Gobierno Nacional complementó las medidas sanitarias y las acciones desarrolladas por el sector Justicia y del Derecho, con el fin de combatir, prevenir y mitigar el riesgo de propagación del Covid-19 en los establecimientos penitenciarios y carcelarios del país, los cuales afrontan una grave problemática de hacinamiento, sin embargo, la concesión de la detención y la prisión domiciliaria transitorias, se diseñó para aquellas personas que pertenecieran a grupos poblacionales con mayor vulnerabilidad, como los adultos mayores, las mujeres en estado de embarazo y personas con enfermedades crónicas; y si bien es cierto, la procesada tiene un diagnóstico de *lupus erimatoso sistémico*, los delitos por los que resultó condenada hacen parte de las exclusiones contenidas en el art. 6º de dicho decreto.

4.15 Finalmente sugiere el abogado recurrente que su asistida continúe en prisión domiciliaria, porque desde las audiencias preliminares así fue solicitado por la fiscalía, no obstante, es válido recordar que la medida de aseguramiento se aplica durante el trámite del proceso y constituye una medida de carácter provisional a favor de quien aún preserva su presunción de inocencia, además, se encuentra relacionada con los fines señalados en los art. 306 y siguientes del C. de P.P; mientras que la prisión domiciliaria se relaciona con el lugar de ejecución de la pena privativa de la libertad, y, como mecanismo sustitutivo-previa observancia de los presupuestos legales, es decir, se trata de instituciones diferentes en su naturaleza jurídica, teleología y fundamentos.

4.16 En síntesis, para esta Sala no se reúnen los presupuestos para la sustitución de la prisión domiciliaria por enfermedad grave, por lo que se confirmará la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado 25 Penal del Circuito de Medellín, el 29 de junio

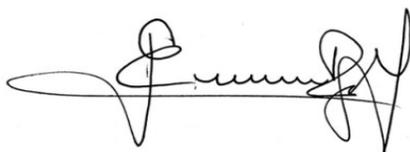
*TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN*  
*SALA DE DECISIÓN PENAL*  
*RADICADO NRO. 050016000000 2021-00208*  
*Olga Patricia Bedoya Bedoya*

pasado y que condenó a **Olga Patricia Bedoya Bedoya** por los delitos de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, en concurso con tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en los términos en que fue proferida por el *a quo*, dejando en claro que si en algún momento el estado de salud de la sentenciada evoluciona negativamente y lleva a que el legista la considere incompatible con la reclusión, puede realizar la respectiva solicitud ante el despacho de ejecución de penas y medidas de seguridad que vigile la aquí impuesta.

Por lo anterior la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **CONFIRMA** el fallo de fecha, sentido y origen precisados en esta decisión.

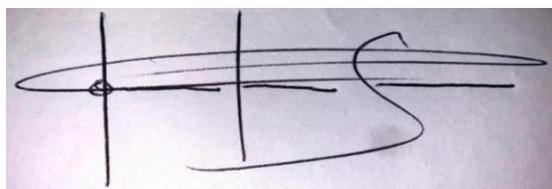
Esta providencia queda notificada en estrados y contra la misma solo procede el recurso extraordinario de casación. Una vez ejecutoriada, regrese la carpeta al juzgado de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



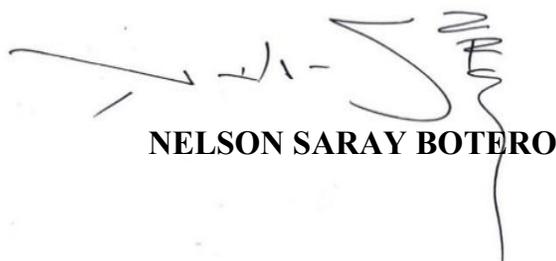
**LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ**

**MAGISTRADO**



**JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE**

**MAGISTRADO**



**NELSON SARAY BOTERO**