



## SALA PENAL

Radicado: 05-001-60-00206-2020-08506  
Procesado: Juan Daniel Tamayo Giraldo  
Delito: Tentativa de hurto calificado  
Asunto: Apelación de sentencia condenatoria  
M. Ponente: Miguel Humberto Jaime Contreras

Aprobado por Acta No. 150

Medellín, quince (15) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

### 1. EL ASUNTO

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la defensa en contra de la sentencia proferida el 10 de noviembre de 2022, por el Juzgado 37° Penal Municipal de Medellín, que condenó anticipadamente, por la vía de allanamiento a cargos, a *Juan Daniel Tamayo Giraldo* como autor del delito de hurto calificado en modalidad de tentativa del que fue acusado.

### 2. LOS HECHOS

Fueron reseñados por la Fiscalía en el escrito de acusación de la siguiente manera:

“- En el municipio de Medellín, el día 31 de mayo de 2020, en la CARRERA 43 A No. 1 SUR – 150, del barrio El Poblado, a las 13:50 horas aproximadamente, le fue hurtado un celular al señor WANG HAO por un sujeto que lo intimidó con arma de fuego.

-La patrulla de la Estación de Policía del Poblado, fue requerida por la ciudadanía, donde al llegar al sitio el agresor es señalado por la víctima, por lo que proceden de inmediato a la captura.

- El ciudadano capturado se identifica como JUAN DANIEL TAMAYO GIRALDO, CC 1.128.394.675 de Medellín.

- El elemento hurtado: celular marca IPHONE 8 PLUS de color blanco, avaluado en cuatro millones de pesos (\$4.000.000); fue recuperado, en el mismo lugar por la policía.”

Conviene precisar que, según el acta de incautación de elementos, el arma del capturado resultó ser una pistola de pipeta.

### 3. ANTECEDENTES PROCESALES

Como el presente proceso siguió el trámite abreviado, el 1 de junio de 2020 se le corrió traslado del escrito de acusación a Juan Daniel Tamayo Giraldo, en el que se le atribuyó ser autor del delito de tentativa de hurto calificado por cometerse con violencia sobre las personas, descrito en los artículos 239 y 240 inciso 2° del Código Penal en concordancia con el artículo 27 ídem. Estos cargos fueron aceptados por el acusado desde el momento del traslado del escrito de acusación.

En audiencia del día 28 de octubre de 2022, el Juzgado 37° Penal Municipal de Medellín verificó el allanamiento a cargos realizado por el procesado. En la misma fecha se realizó la audiencia de individualización de la pena, en la que la defensa solicitó que al momento de fijarla se partiera del mínimo teniendo en cuenta que el acusado carece de

antecedentes penales y que se le aplicara el artículo 269 del Código de Procedimiento Penal con la máxima rebaja allí establecida, en tanto se recuperó el celular hurtado y le fue entregado a la víctima, además que se cancelaron los perjuicios tasados por el hurto y se trata de una conducta tentada.

Así mismo, refirió la defensora que Juan Daniel Tamayo es un joven que consume heroína, droga de muy alto nivel de adicción y la consume desde aproximadamente los 16 años, situación que lo llevó a cometer el delito, pero que a raíz de esa situación continuó con su tratamiento en el que ha venido obteniendo muchos logros en cuanto a su recuperación. De ahí, que estime necesario el acompañamiento de la institución médica con sus especialistas en el área de la psiquiatría porque la adicción que padece el procesado es grave y no le ayudaría al manejo de su enfermedad estar en un centro de reclusión, aislado de su entorno familiar, cuyo acompañamiento requiere para un mejor tratamiento de su afección.

Por estos motivos, solicitó la concesión de la prisión domiciliaria, con base en que la historia clínica aportada, y en que el acusado trabaja con sus padres en un establecimiento de comercio de chatarra, lo que es importante para su recuperación, solicitando, además, pretendió se escuchara a la madre del procesado para que manifestara las condiciones en que Juan Daniel cumpliría con esa actividad laboral; no obstante, la juez de primer grado no accedió a esto último al considerarlo innecesario.

El traslado de la sentencia se hizo el 10 de noviembre de 2022, y la defensa interpuso el recurso de apelación contra la misma, que fue sustentado por escrito dentro del término legal.

#### 4. LA SENTENCIA IMPUGNADA

Como la resolución de la apelación no impone ingresar en otros temas diferentes al de la concesión de la reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave, solo reseñamos de la sentencia lo que guarda relación con lo que fue objeto de censura. En lo restante, se entenderá incorporada la decisión de primera instancia a este fallo, pues se conserva su carácter condenatorio y lo allí resuelto que no fue objeto de impugnación.

En virtud del allanamiento a cargos realizado por el procesado con la verificación del mínimo probatorio y teniendo en cuenta la indemnización efectuada a la víctima, la juez de primer grado condenó a Juan Daniel Tamayo Giraldo a la pena de 6 meses de prisión y la accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término, al haber sido hallado penalmente responsable como autor del delito de hurto calificado en grado de tentativa (artículos 239, 240 inciso 2° y 27 del C. P.).

La juez de conocimiento le negó al procesado la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, por expresa prohibición legal, al encontrarse el

delito por el que fue condenado en el listado del artículo 68A del Código Penal que prohíbe la concesión de subrogados y beneficios para esta clase de conductas.

También, le negó al procesado el otorgamiento de la prisión domiciliaria por grave enfermedad, con base en lo regulado en el numeral 4 del artículo 314 del Código de Procedimiento Penal, teniendo en cuenta que la historia clínica de SAMEIN S.A.S., en la que se diagnostica trastornos mentales y del comportamiento debido al uso de opiáceos y síndrome de dependencia, no es suficiente para determinar la incompatibilidad de la enfermedad padecida con la vida en reclusión; además, que la pena impuesta al condenado puede cumplirse en establecimiento carcelario, aunado a que las personas privadas de la libertad tienen acceso a todos los servicios del sistema general de salud, de conformidad con lo establecido en la Ley 1709 del 2014, sin discriminación por su condición jurídica.

Advirtió que las entidades que participan como garantes de esta acción son: el Ministerio de Salud, el INPEC y la USPEC, y que las acciones administrativas del INPEC estarán orientadas a realizar: (i) seguimiento y control del aseguramiento de la PPL, garantizando el acceso oportuno y de calidad en los servicios de salud, (ii) auditorías a la prestación de los servicios de salud a cargo de las EPS para la población reclusa a cargo del Instituto, (iii) informes sobre el aseguramiento de los internos (as) que no estén sujetos a reserva legal para MINSALUD, USPEC y a organismos de control que lo soliciten.

Agregó que el resultado de los informes de seguimiento y control que realice el instituto deberán ser presentados a las EPS con copia a la Superintendencia Nacional de Salud, de conformidad con lo establecido en el artículo 14, del Decreto N° 2496 del 2012, establece, por lo que señaló que en la respectiva orden de captura se especificará al INPEC que deberá garantizar la continuidad del tratamiento que se encuentra recibiendo el procesado.

## 5. LA SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

La defensora de *Juan Daniel Tamayo Giraldo* recurrió el fallo por negársele al sentenciado la prisión domiciliaria por encontrarse en estado grave por enfermedad, en tanto, de la historia clínica aportada se evidencia que se trata de un consumidor de heroína, droga que provoca tolerancia y que hace que el consumidor se dedique de lleno a la búsqueda de su obtención dejando de mostrar interés por su entorno, situación que no escapa al diario vivir del procesado, quien lucha por su recuperación definitiva contando con la ayuda incondicional de su familia, lo que le ha permitido integrarse a un proceso de rehabilitación y desintoxicación a través de la entidad Salud Mental Integrada SAS, SAMEIN.

Censura a la sentenciadora por no considerar el contenido de la historia clínica al no cumplirse con la exigencia de diagnóstico emitido por un médico legal u oficial y por cuanto la defensa no habría presentado los elementos idóneos con fines probatorios. Lo anterior porque, en su

sentir, se trata de un caso de connotación especial, peculiaridad que lleva a la defensa a apartarse de la decisión de primera instancia.

Alega que la juez debió realizar de manera adecuada el test de proporcionalidad en aplicación directa de la filosofía del Estado social de derecho, siendo su consecuencia la efectiva y plena realización de los derechos como fin esencial del Estado, tales como la vida, la salud y la dignidad humana. Arguye que la juez, al momento de dirimir la controversia, se apegó a lo dispuesto normativamente, apartándose del análisis subjetivo y de la realidad existente ciertamente compleja por el tipo de enfermedad que padece el procesado pues, entre otros factores, su recuperación y rehabilitación requiere de la presencia de su familia y rodearse de los seres queridos, como hasta el momento lo ha venido haciendo, así como ir cumpliendo con las recomendaciones de los médicos tratantes que, según la historia clínica, son difíciles e imposibles de cumplir de encontrarse recluido dentro de un penal.

Estima que autorizarle al acusado que la pena de 6 meses impuesta se cumpla en prisión domiciliaria al lado de sus seres queridos, es permitirle que avance en su proceso de rehabilitación el cual encauzó, y consecuentemente materializar el sustento y fundamento de nuestra Constitución Política y el desarrollo pleno de sus derechos fundamentales. En cambio, afirma, recluirlo para que pague la condena es dar al traste con su encomiable y loable lucha por su recuperación y rehabilitación, con la desventaja que el encierro le traería

consigo, producto del tipo de enfermedad y los padecimientos a los cuales deben enfrentarse quienes de manera desafortunada son consumidores de una de las más altas drogas adictivas como la heroína, colocándose en entredicho el derecho a la vida.

Explica que, al recluirlo, se estaría cumpliendo con lo dispuesto por la ley, pero se le estaría privando de la gran oportunidad de la cual hoy está disfrutando como lo es seguir con su tratamiento y proceso de rehabilitación que le permitirá más temprano que tarde reintegrarse a la esfera y entorno social, y augurarle para bien de la sociedad un sano bienestar mental del cual no disfruta en las actuales circunstancias, de ahí el gran esfuerzo de familia que han ido adelantando.

Agrega que, pregonar que una vez cumpla la pena 6 meses intramuralmente, bien podrá reintegrarse al proceso rehabilitación, aunque es cierto, no menos lo es también que la probabilidad de que sea tarde es alta, tal como se manifiesta en las recomendaciones de la historia clínica y, por vía deductiva, el encierro se convierte en un gran acelerador de las dolencias con las que se ingresa a purgar la pena quienes consumen este tipo de sustancias estupefacientes.

Por consiguiente, pretende que se revoque la decisión recurrida en el aspecto impugnado, concediéndose el beneficio de la prisión domiciliaria a su prohijado.

## 6. LAS CONSIDERACIONES

Como quiera que la segunda instancia se rige por los postulados de la justicia rogada, temáticamente la Sala se ocupará exclusivamente del aspecto impugnado que se contrae a la discusión sobre la procedencia de la reclusión domiciliaria, sustentada en este caso en la invocada grave enfermedad del procesado y los requerimientos que impone su tratamiento.

En sentido contrario, dado que no se formulan reparos de ninguna naturaleza sobre la condena, la pena impuesta y la denegación de la suspensión condicional de la ejecución de la pena o de la prisión domiciliaria de que trata el artículo 38 del Código Penal, no se podrá remover la fuerza de dichas decisiones que fueron debidamente soportadas en la sentencia impugnada con argumentos atendibles que consultan la ley, la realidad procesal y la justicia.

Pese a que la solicitud efectuada por la defensa fue resuelta en primera instancia con base en lo regulado por el artículo 314 numeral 4 de la Ley 906 de 2004, disposición que opera exclusivamente para la sustitución de la detención preventiva o de la pena en establecimiento carcelario por la del lugar de residencia del imputado o acusado, la Sala analizará el asunto conforme con el contenido del artículo 68 del Código Penal<sup>1</sup>, referente a la reclusión domiciliaria u hospitalaria por

---

<sup>1</sup> **ARTÍCULO 68. RECLUSIÓN DOMICILIARIA U HOSPITALARIA POR ENFERMEDAD MUY GRAVE.** 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

enfermedad muy grave del penado, atendiendo a que para este momento procesal concierne a la ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en la sentencia.

Sin embargo, dado que ambas figuras comparten similares presupuestos para su otorgamiento, se tendrá en cuenta el alcance que le ha dado tanto la jurisprudencia constitucional como ordinaria al contenido del numeral 4 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004.

Es de destacar que esta medida debe tornarse necesaria en aras de satisfacer las expectativas de salud o de dignidad; además, se requiere de la comprobación de que ese estado sea incompatible con la reclusión en establecimiento penitenciario o carcelario, es decir, el hecho de padecer una enfermedad grave no habilita de manera automática la procedencia del beneficio por cuanto la norma lo condiciona a la existencia de un “concepto de médico especializado” en el que se dictamine

---

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.

que al paciente lo aqueja una grave enfermedad incompatible con la vida en reclusión formal.

Así lo ha expresado la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SP3517-2020 del 16 de septiembre de 2020, radicación 56442, con ponencia compartida de los Magistrados Eugenio Fernández Carlier y Luis Antonio Hernández Barbosa:

**“3.2.-** Ahora bien, el artículo 314 del C. de P.P., numeral 4° establece la posibilidad de sustituir la detención intracarcelaria por la domiciliaria, en el evento que el procesado se encuentre en **«estado grave por enfermedad»** certificada por peritos oficiales o medico particular, según lo precisó la Corte Constitucional en sentencia C-163 de 2019.

Dicha causal fue precisada por el Tribunal Constitucional en la sentencia antes señalada, así:

«(...) [L]a norma que se analiza prevé que para la sustitución de la detención carcelaria por la domiciliaria debe ser acreditado el estado grave por enfermedad del imputado o acusado. De acuerdo con el Reglamento Técnico para la Determinación Médico Forense de Estado de Salud en Persona Privada de Libertad del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, esto supone la constatación de que la salud del procesado se halla de tal modo afectada que resulta incompatible con la reclusión formal, pues de continuar privado de la libertad en el establecimiento carcelario se generarían riesgos para su integridad física, su salud o su vida, al no recibir oportunamente los tratamientos requeridos<sup>2</sup>. La gravedad a la que se refiere el precepto no es una propiedad o característica de la enfermedad en sí misma sino de la condición del procesado, de manera que incluso si este padece una enfermedad que, conforme a un cierto criterio, puede llegar a ser considerada grave, no necesariamente se cumple el supuesto de la norma, pues, por ejemplo, la patología puede estar debidamente controlada.

---

<sup>2</sup> Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, *Reglamento Técnico para la Determinación Médico Forense de Estado de Salud en Persona Privada de Libertad*, versión 01, Bogotá D.C., 2009, p. 23.

Como surge de la antelada interpretación, la detención domiciliaria no resulta procedente por la simple denominación del padecimiento de salud como grave, sino que está referido a la condición física del procesado debido a un estado grave por enfermedad que impida su reclusión en el centro carcelario pues de permanecer allí se pondría en riesgo inminente su integridad física o su vida.

No sobra precisar que, en todo caso corresponde al INPEC y la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios USPEC, a través de la entidad prestadora de servicios de salud que haya contratado o a la que se encuentre afiliado el recluso garantizar la atención médica y ofrecer los cuidados que sean requeridos por el sentenciado por las prescripciones del galeno que lo atienda, conforme lo señalado en el capítulo 11 del Decreto 1069 de 2015 modificado por el Decreto 1142 de 2015.”

Conviene precisar que el numeral 4° del artículo 314 de la Ley 906 de 2004 fue declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-163 de 2019, pese a que se condicionó en cuanto a permitir el ingreso de dictámenes emitidos por médicos particulares, dejando incólume la exigencia del requisito atinente al previo dictamen de médicos oficiales, tal como claramente se desprende de los siguientes apartes:

“(…)

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

peritos particulares, con la finalidad de controvertir o complementar el concepto oficial.

(...)

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

En suma, esta segunda interpretación se encuentra acorde con la subreglas de decisión delineadas en esta Sentencia, sobre el derecho al debido proceso probatorio. Se protege el derecho que tiene la defensa a aportar pruebas y a la contradicción de las que sean aportadas en su contra. Pero, en un sentido más general, se ampara el derecho de las partes a solicitarlas y a que conformen la actuación, con miras a que sean valoradas al momento de determinar si el procesado se halla en unas circunstancias tales de salud que hacen inviable su permanencia en reclusión. De igual forma, se garantiza que el juez pueda decretar de oficio otros dictámenes o conceptos técnicos, con el objetivo de que dentro del proceso existan mayores elementos de juicio y pueda así adoptarse una decisión más ponderada sobre la sustitución de la detención carcelaria por la domiciliaria.”

Como puede observarse, la Corte Constitucional avaló el requisito de existencia de dictamen de médicos oficiales, aunque amplió el entendimiento de la norma en el sentido de

que, para efectos de contradicción, complementación o para que existan mayores elementos de juicio, se podrán presentar peritajes de médicos particulares.

Retomando lo antes dicho, de cara a la aplicación del beneficio establecido en el artículo 68 del Código Penal, es menester tener en cuenta que, aunque la defensa alega el padecimiento de una enfermedad grave y una supuesta imposibilidad de rehabilitación ante la reclusión del procesado, ello no está debidamente acreditado, toda vez que no se ha practicado el examen respectivo por el médico legista especializado, esto es, por un médico oficial, ni se ha determinado que la enfermedad es incompatible con la vida en reclusión formal, lo cual no puede colegirse de la historia clínica aportada en la audiencia de individualización de la pena.

En efecto, no se determinó que actualmente al acusado lo aquejara una enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión formal, lo cual le compete dictaminarlo a un profesional en medicina de carácter oficial, al que ha podido y debido acudir la defensa o el procesado, pretendiendo solventar este presupuesto con el aporte de la historia clínica de la entidad Salud Mental Integral S.A.S. del 28 de julio de 2022, que, si bien registra la atención médica proporcionada al procesado y da cuenta del diagnóstico de “trastornos mentales y del comportamiento debido al uso de opiáceos: síndrome de dependencia”, no dictamina específicamente lo exigido por el precepto en mención.

Por el contrario, como lo evidenció la juez de primer grado, se plasma en el plan de tratamiento que, pese a que el paciente cuenta con antecedentes de dependencia a la heroína, es adherente a tratamiento farmacológico y actualmente presenta buena respuesta en manejo con metadona, refiriendo el mismo paciente estar estable y sin recaídas desde hace 6 meses, además que niega síntomas afectivos, insomnio, ideas o planes estructurados de suicidio, incluso se opta por iniciar el desmonte de la metadona.

Así las cosas, debió la defensa, como parte interesada en la concesión del sustituto penal, procurar la aducción del dictamen echado de menos, al que ha debido acudir solicitando su práctica en el momento procesal pertinente que en estos eventos no es otro que la audiencia de individualización de la pena.

En efecto, en esta audiencia se habilita a las partes procesales para que realicen las solicitudes que guarden estricta relación con las condiciones que le permitirán al juez arribar a la probable determinación de la pena aplicable y a la concesión de algún subrogado, así como para acreditar los hechos que sirven de fundamento a dichos requerimientos y, pese a que no hay una regulación detallada y propia, sigue las reglas de la oralidad y contradicción, es decir, con la plena observancia las garantías procesales mínimas de las partes y de los intervinientes, en especial los principios de publicidad y contradicción.

Respecto a este específico tópico, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SP2144-2016 del 24 de febrero de 2016, radicación 41712, al desarrollar el tema de la estructura constitucional de la audiencia del artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, consideró:

“Para iniciar, es necesario destacar que el trámite del artículo 447 *ídem* debe realizarse bajo la metodología de la audiencia y con pleno desarrollo del principio de oralidad<sup>3</sup>, lo cual conlleva a la inexistencia de un expediente<sup>4</sup> que recoja este trámite, sin perjuicio de las actas que a manera de constancia de su desarrollo se extiendan. Debido a lo anterior, las solicitudes, acreditaciones fácticas y jurídicas, argumentaciones y decisiones **deben verificarse en desarrollo de la audiencia**, ya que solo lo que en ella se incorpore puede servir de fundamento para las decisiones que se profieran.

El trámite también debe ser público, concentrado y con vigencia estricta de los principios regentes del sistema procesal de carácter acusatorio. Todo lo anterior supone que el juez debe recibir y percibir de forma directa las solicitudes de las partes, la recepción de la prueba, su práctica y las alegaciones, y decidirá la pena imponible y las gracias sustitutivas con fundamento en lo obrado dentro de esta diligencia, bajo el entendido de que el conocimiento obtenido en ella es el **único** que habilita para un pronunciamiento adecuado a los estándares del debido proceso.

(...)

Siguiendo con esta línea de apreciación, las partes procesales pueden demostrar los hechos que ponen de manifiesto al juez, para que la individualización de la pena y la decisión respecto de los subrogados penales sea acorde con sus expectativas, pero esta actividad debe desplegarse **al interior de la audiencia destinada para tal finalidad**, en la que se garantizará la publicidad de la prueba, esto es, cerciorándose

---

<sup>3</sup> Cfr. Ley 906 de 2004, arts. 9, 10, 145

<sup>4</sup> Ley 906 de 2004, art. 146.

de que sea conocida por las partes para que materialicen el derecho a la contradicción si así lo estiman conveniente.

En suma, para resolver las solicitudes que legalmente pueden formularse en la audiencia del artículo 447 del Código de Procedimiento Penal de 2004, **el juez solo puede considerar la información que ha sido producida y debatida en la audiencia**, y no puede considerar su conocimiento privado, ni recurrir a un expediente propio, ni sustituir el debate oral por uno escrito, ni utilizar documentos escritos allegados por fuera de la audiencia como fuente de información y producción de la decisión.

De ser así, la audiencia perdería relevancia y se convertiría en una simple formalidad, deteriorando la inmediación y la contradicción. Por ello, la Sala debe insistir en que **el material escrito no puede reemplazar el debate oral de la audiencia**, pues esto equivaldría a reproducir la lógica del expediente y a acabar con la metodología adversarial del sistema acusatorio.

(...)

**No existe, por lo tanto, en un proceso de naturaleza acusatoria, la posibilidad de practicar o introducir elementos de valoración por fuera de audiencia**, ni de tener como fundamento de la decisión judicial a aquellos que no han sido publicitados a los sujetos procesales o a los que no se ha dado la oportunidad real de ejercer el derecho a la contradicción.

Las decisiones que se adopten al margen de esta interpretación constitucional de la diligencia del artículo 447 de la Ley 906 de 2004, estarán viciadas de nulidad por evidente quebranto de las garantías constitucionales y legales analizadas a lo largo de esta decisión.”

En el asunto bajo estudio, la defensa no realizó solicitud alguna para la valoración por medicina legal de su defendido, bastándole con la incorporación de la historia clínica y del concepto médico de SAMEIN, el cual en principio serviría para fines de complementación o contradicción del dictamen oficial; sin embargo, al revisar su contenido, el profesional que lo expide se refiere al estado actual del paciente con base en la

última evolución, recomendando como tratamiento terapéutico el suministro de metadona y advierte respecto a la posible recuperación: “enfermedad de curso no previsible, con tratamientos psicofarmacoterapéuticos se controla; patología exacerbada por causas extrínsecas e intrínsecas. Por lo crónico de su enfermedad debe tener controles periódicos”.

Ante este panorama, podría colegirse que la juez de primera instancia debió acudir a sus facultades oficiosas con el fin de decretar las pruebas necesarias para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos del procesado; no obstante, para que fuera imperativo el decreto como prueba de oficio del dictamen de médico oficial echado de menos, se requería que en criterio de la funcionaria judicial existieran elementos de juicio de una trascendencia tal que así lo ameritara y, como quedó claramente establecido, de los documentos aportados por la defensa no evidenció circunstancias de las que se pudiese deducir que el procesado presenta un estado grave por enfermedad ni que este resulte incompatible con la reclusión carcelaria, a lo que cabe agregar que la defensa omitió solicitar la prueba en cuestión como parte interesada en la concesión del sustituto penal, por lo que no se hace necesario retrotraer la actuación procesal en tanto la juez actuó con un criterio que se encuentra dentro de lo razonable, mientras que la defensa habría contribuido con lo que ahora se echa de menos.

Sobre este tema, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en auto AP1482-2020 del 8 de julio de

2020, radicación 57189, M. P. Jaime Humberto Moreno Acero, sostuvo lo siguiente:

“Encuentra la Sala que en ningún error de fundamentación incurrió el Tribunal. En efecto, el hecho de padecer una enfermedad grave no habilita automáticamente la procedencia de la reclusión domiciliaria, toda vez que el artículo 68 del Código Penal condiciona su procedencia a la existencia de un concepto médico especializado en el que se dictamine que el penado se encuentra aquejado de una enfermedad muy grave, la cual es incompatible con la vida en reclusión formal.

Por tanto, para su concesión no basta solo con la manifestación de la defensa ni el aporte de documentación médica y clínica en que se diga que el acusado padece una enfermedad, como lo entiende el impugnante, pues, para la procedencia del beneficio se demanda de un dictamen concreto, que debe diagnosticar ese estado de enfermedad y calificarlo con la gravedad que exige la disposición sustantiva.

De otro lado, contrario a lo expuesto por el demandante, a la parte que le corresponde incorporar la prueba médica exigida en el artículo 68 del Código Penal, es a la defensa, en tanto, es ella la interesada en la concesión del instituto, vale decir, como resulta imposible para el funcionario judicial, salvo que cuente con elementos de juicio irrefutables, actuar de oficio al respecto, corresponde a la parte interesada fijar su pretensión y avalarla con los medios necesarios, sin que, para el efecto, se entienda razón suficiente la expuesta, referida a que supuestamente el INPEC, obvió entregar la información requerida, o que no puede accederse al acusado porque este reside en zona rural.”

En síntesis, juzga el Tribunal que no se configura el presupuesto de procedencia de la reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave ante la carencia de dictamen de médico oficial y que con los documentos aportados no puede afirmarse por ahora que el señor Juan Daniel Tamayo Giraldo padezca una enfermedad muy grave y que a la vez sea incompatible con la vida en reclusión.

En consecuencia, de persistir la defensa en sus pretensiones, deberá procurar prueba para efectos de contradicción o complementación de dictámenes oficiales que den cuenta de la incompatibilidad de la reclusión carcelaria con el estado de enfermedad grave del sentenciado ya sea en la fase de ejecución de penas o, de cursar el recurso de casación, como variación de medida propia del aseguramiento.

No ignora la Sala de Decisión que es menester brindársele al enfermo un tratamiento adecuado en todo lo requerido; pero dicha situación puede ser sorteada con la debida diligencia de las autoridades carcelarias, ya que dicha razón de conveniencia no puede utilizarse por un juez sometido al imperio de la ley para conceder la sustitución pretendida, sin que pueda suponerse que, estando el procesado en reclusión, las autoridades carcelarias omitan dispensarle la debida atención en salud, incluyendo el suministro de medicamentos o la asistencia a las citas médicas que eventualmente le sean programadas, pues se trataría de una hipotética vulneración de derechos.

Por consiguiente, al no encontrarse demostrados los supuestos para ordenar la reclusión domiciliaria por enfermedad muy grave, se deberá confirmar la denegación de su concesión.

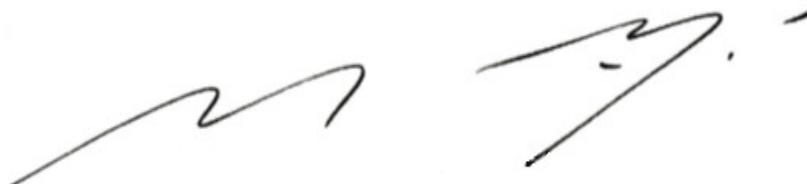
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en Sala de Decisión Penal,

administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

## RESUELVE

Confirmar la sentencia recurrida obra del Juzgado 37 Penal Municipal de Medellín, conforme con lo dicho en la parte motiva de este fallo.

Esta providencia queda notificada en estrado al momento de su lectura y contra ella procede el recurso de casación el que se podrá interponer dentro de los cinco (5) días siguientes, luego de lo cual se deberá presentar la respectiva demanda ante este Tribunal dentro del término común de treinta (30) días.



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS  
MAGISTRADO



PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN  
MAGISTRADO



GABRIEL FERNANDO ROLDÁN RESTREPO  
MAGISTRADO