

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veintiocho (28) de junio dos mil veinticuatro (2024).

Radicado: 050016000206202343679

Procesado: Juan Pablo Marín Vargas

Delito: Hurto calificado y agravado – violencia contra servidor público

Asunto: Apelación de Sentencia

Sentencia: No. 15 – Aprobado por acta No. 77 de la fecha.

Decisión: Confirma

Magistrado Ponente

Dr. LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

1. ASUNTO A DECIDIR

Se apresta la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la defensa del señor **Juan Pablo Marín Vargas** en contra de la sentencia del 13 de marzo de 2024, proferida por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Medellín, Ant., por medio de la cual y en virtud del preacuerdo entre las partes, se condenó al antes citado por los delitos de hurto calificado y agravado en modalidad tentada y violencia contra servidor público, imponiéndole una pena de 38 meses de prisión, y que a su vez

le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria por enfermedad grave.

2. ACONTECER FÁCTICO

La presente actuación, tuvo su génesis el 4 de noviembre de 2023, a las 20:30 horas aproximadamente, en la carrera 35 a con calle 5E, vía pública del barrio El Poblado de Medellín, cuando **Juan Pablo Marín Vargas**, quien se desplazaba con otro sujeto en una motocicleta XTZ color rojo en calidad de conductor, le apuntó con un arma similar a las de fuego tipo pistola al ciudadano Jeiner Enrique Barrios Frías, a quien le dijo “*bajate de la moto*”, con la intención de hurtarle su vehículo.

En ese momento, pasaban por el lugar dos servidores de la fuerza pública, los agentes de Policía Yeison Mosquera Ríos y John Wilmar Betancur Carmona, que en cumplimiento de sus funciones de control y seguridad vieron como al ciudadano le estaban apuntando con el arma para hurtarle el vehículo, por lo que les dieron la orden de “alto policía” y que soltaran el arma.

Dicha orden, fue desatendida por **Marín Vargas** quien le apuntó con la misma arma a los policiales, lo que conllevó a que uno de estos le disparara, pero el acusado reaccionó con violencia física al tratar de atropellarlos con la motocicleta con la cual derribó al patrullero Yeison Mosquera Ríos, causándole lesiones que lo incapacitaron por siete (7) días, logrando el sujeto huir del lugar, pero fue capturado momentos después en un centro asistencial.

El vehículo fue avaluado por la víctima en la suma de tres millones de pesos

3. DESARROLLO PROCESAL

El 6 de noviembre de 2023, ante el Juzgado Séptimo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Itagüí, Ant., se legalizó la captura de **Juan Pablo Marín Vargas**; acto seguido, la Fiscalía le formuló imputación como coautor del punible de hurto calificado y agravado, en modalidad tentada, en concurso con el delito de violencia contra servidor público, agravado, cargos que no fueron aceptados por el ciudadano, imponiéndosele medida de aseguramiento privativa de la libertad en centro carcelario.

El 4 de diciembre de 2023, la Fiscalía General de la Nación presentó escrito de acusación el cual fue repartido para su conocimiento al Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Medellín, despacho que cuando se disponía a celebrar la audiencia de formulación de acusación el 11 de marzo de 2024 fue informado por las partes sobre la suscripción de un preacuerdo consistente en la aceptación de responsabilidad del acusado, a cambio de degradar su participación de autor a cómplice, pactándose una pena de 38 meses de prisión.

En esa misma fecha, se impartió aprobación al resultado de la negociación de las partes y se dio paso a la audiencia de individualización de la pena, en la cual la defensa de **Juan Pablo Marín Vargas** solicitó el reconocimiento de la suspensión condicional de la ejecución de la pena o la prisión domiciliaria por grave enfermedad.

El 13 de marzo de 2024, se dio lectura a la sentencia condenatoria proferida en los términos de la negociación, denegándose el acceso a subrogados y beneficios, aspecto último que fue censurado por la defensa del encartado.

4. LA SENTENCIA APELADA

Para los efectos del recurso interpuesto, indicó la juez de instancia inicial:

1. En lo atinente a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la funcionaria de primer nivel adujo que los delitos por los cuales había resultado condenado el señor **Marín Vargas** se encontraban contenidos en el artículo 68A del C.P. como aquellos vedados del otorgamiento de beneficios y subrogados.

Aterrizando a la prohibición respecto al delito de violencia contra servidor público, la *a quo* adujo que la prohibición estaba dada para aquellos delitos dolosos contra la administración pública, siendo dicho reato uno de esos tipos penales con prohibición contra la administración pública.

Además, señaló que si bien existía una postura de esta Corporación que fue evocada por la defensa para plantear su solicitud, indicó no compartirla por cuanto el legislador en su libertad configurativa enlistó todos los delitos contra la administración pública sin hacer distinciones, así la

exposición de motivos de la ley que generó dicha prohibición se refiriera a actos graves de corrupción.

Posteriormente, abordó la petición de la defensa respecto a la inaplicación de la prohibición para el delito de hurto calificado y agravado por haberse generado este en la esfera de la tentativa, señalando la juez que frente a este reato tampoco era posible otorgar el subrogado deprecado.

Para fundar su aserto, la juez de instancia inicial señaló que no podría impartirse para este reato la misma lógica de la violencia contra servidor público por ser la prohibición creada por dos leyes distintas, aunado al alto impacto de los delitos de hurto en la sociedad.

Además, adujo que el hecho de que el delito contra el patrimonio económico hubiese quedado en la esfera de la tentativa, tampoco era un fundamento plausible para disponer la inaplicación de lo prohibido, en tanto la no consumación del hecho no excluye la antijuridicidad y ello obedeció a circunstancias ajenas a la voluntad del procesado, debido a la rápida reacción de los policiales y que la reparación a la víctima derivaba en otra consecuencia distinta, como lo era una rebaja de pena.

2. Al referirse a la prisión domiciliaria por grave enfermedad solicitada por la defensa del encartado, la *a quo* señaló que la historia clínica aportada no era reciente, pues esta databa del año 2020 que si bien anunciaba problemas psiquiátricos e idearios suicidas del encartado, no era concluyente para determinar lo grave de su enfermedad ni

mucho menos que esta resulte incompatible con su vida en prisión.

5. DE LA IMPUGNACIÓN

El defensor del señor **Juan Pablo Marín Vargas** censuró la decisión de primera instancia bajo los siguientes argumentos:

1. En lo atinente a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, el abogado de **Marín Vargas** indicó que la postura adoptada por la juez para denegar el subrogado había sido variada por parte esta Corporación, desconociendo dicha funcionaria que el criterio actual indicaba que la prohibición para el delito de violencia contra servidor público no podía aplicarse en abstracto porque este no era un acto de corrupción, siendo menester que se aplicara la postura nueva del Tribunal Superior de Medellín.

En lo relacionado con la prohibición del delito de hurto calificado, indicó el apelante que debía efectuarse una interpretación extensiva, teniéndose en cuenta que el latrocinio quedó en la esfera de la tentativa y que su prohijado reparó a la víctima en un ejercicio de justicia restaurativa.

2. Con ocasión a la prisión domiciliaria por grave enfermedad, el apelante adujo que ya se había argumentado un arraigo en la oportunidad procesal respectiva, recalcando que la reclusión formal de su

prohijado podría derivar en males mayores por los diagnósticos psiquiátricos de este y los episodios suicidas que ha presentado, los cuales pueden acentuarse en la cárcel y poner en riesgo su vida.

En consecuencia, solicitó de esta sede se revocara en esos aspectos el fallo censurado.

6. LOS NO RECURRENTE

La delegada del Ministerio Público, solicitó que se mantuviera incólume el fallo recorrido, aduciendo que en el decurso de la apelación del profesional del derecho no se visualizaban aspectos concretos de ataque contra la sentencia de primer nivel ni en el tema de la prohibición de los delitos endilgados al acusado ni mucho menos frente al tema de la prisión domiciliaria.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

7.1 Competencia.

Esta Sala de Decisión es competente para conocer del recurso de alzada propuesto por la defensa en contra de la sentencia del Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Itagüí, con fundamento en el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

7.2 Problema jurídico

Sea lo primero indicar que si bien la delegada del Ministerio Público realizó una serie de apreciaciones direccionadas a enseñar una sustentación precaria en el recurso promovido por la defensa del señor **Juan Pablo Marín Vargas**, lo cierto es que del estudio del registro de audio se puede observar que, si bien la apelación no fue la más prolífica, si existen argumentos mínimos que permiten desatar la respectiva alzada.

Por lo anterior, encuentra la Sala que se deben resolver 2 problemas jurídicos del siguiente tenor literal:

- ¿Es viable conceder al señor **Juan Pablo Marín Vargas** la suspensión condicional de la ejecución de la pena pese a la inclusión de las conductas de violencia contra servidor público y hurto calificado y agravado, por las que resultó condenado, en el artículo 68A del C.P. como aquellas vedabas de beneficios y subrogados?
- ¿El procesado, dada la patología ventilada en esta causa, se hace merecedor al beneficio de la sustitución de la prisión intramural por la prisión domiciliaria, en tanto su estado de salud es incompatible con un internamiento carcelario?

Para una mejor estructura lógica de la decisión, la Sala se encargará de resolver cada problema jurídico de forma particular.

7.2.1. ¿Es viable conceder al señor Juan Pablo Marín Vargas la suspensión condicional de la ejecución de la pena pese a la inclusión de las conductas de violencia contra servidor público y hurto calificado y agravado, por las que resultó condenado, en el artículo 68A del C.P. como aquellas vedabas de beneficios y subrogados?

De conformidad con lo expuesto por el censor y para resolver en debida forma el anterior interrogante, se hace necesario deslindar el análisis del delito de violencia contra servidor público, del delito de hurto calificado y agravado en grado de tentativa respecto de las prohibiciones traídas en el artículo 68A de la Ley 599 de 2000.

Revisado lo anterior se resolverán las dos cuestiones planteadas en la apelación.

7.2.1.1. Del delito de violencia contra servidor público y la prohibición del artículo 68A del C.P. para delitos contra la administración pública.

En ejercicio de su libertad configurativa en materia de política criminal, el Legislador ha venido desarrollando una serie de prohibiciones al otorgamiento de beneficios y subrogados cuando, entre otras cosas, el sujeto destinatario de la sanción penal sea condenado por uno de los delitos que se han enlistado en el artículo 68A del C.P.

En principio, con la expedición de la Ley 1453 de 2011, el legislador incluyó dentro de las prohibiciones varios tipos

penales que guardaban directa relación con actos propios de corrupción, tales como el cohecho, concusión, prevaricato, entre otros, que consideraba de alto impacto social y que ameritaban la denegación de beneficios y subrogados.

Pero con la Ley 1474 de 2011, o también llamada Estatuto Anticorrupción, norma que a su vez modificó nuevamente el artículo 68 A del código penal, se extendió esa prohibición a todas las personas que resultaren condenadas por delitos contra la Administración Pública –en general-, amparado ello en una política criminal de supuesta cero tolerancia a la corrupción, que pretendía el envío de un fuerte mensaje a la comunidad en materia de represión ejemplar y prevención general.

Fue por ello, que en la exposición de motivos del proyecto de ley que dio paso a la creación de la Ley 1474 de 2011¹, al referirse a la prohibición del otorgamiento de beneficios y subrogados, el congreso fue categórico al señalar:

2.2 Segundo capítulo: medidas penales en la lucha contra la corrupción pública y privada

La corrupción constituye en la mayoría de sus eventos un fenómeno criminal, el cual puede estar descrito no solamente como un delito contra la Administración Pública, sino también como un crimen que afecta el patrimonio del Estado e incluso el patrimonio público, en aquellas situaciones en las cuales se afecte a una empresa por un acto de desviación de recursos o soborno. **En este sentido, este proyecto plantea una política de cero tolerancia a la corrupción** a través de diversas

¹ Exposición de motivos de la Ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción). Gaceta 607 de 2010.

medidas que permitan al Estado no solamente ejercer una represión del fenómeno, sino también hacer un llamado preventivo general a que las personas que piensan incurrir en un acto de corrupción desistan de tal finalidad:

- a. **Se consagra la exclusión de beneficios y subrogados penales en delitos contra la Administración Pública relacionados con corrupción**, manteniéndose los beneficios solo por colaboración siempre que esta sea efectiva, extendiendo esta excepción a los representantes legales de las matrices y subordinadas cuando estas incurran en el delito de soborno transnacional.

(...)

Este mandato quedó establecido en el inciso segundo del artículo 68A del C.P. que prohibió el otorgamiento de beneficios y subrogados a los condenados por delitos dolosos contra la administración pública, situación que se perfeccionó con la expedición de la Ley 1704 de 2014, que incluyó esos comportamientos del 68A a la prohibición de otorgamiento de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, recordando que su espíritu iba encaminado a buscar la prisión como “*ultima ratio*” en nada varió que la prohibición de la 1474 de 2011, en materia de delitos contra la administración pública, tenía su asidero en actos de corrupción.

Nótese como el espíritu legislativo prohibitivo de la Ley 1474 de 2011 iba encaminado a convertir en ejemplarizante la sanción a aquellas personas que resultaran condenadas por delitos contra la administración pública, pero en un contexto de corrupción, vista esta como un flagelo de alto impacto social que merecía el

mayor juicio de reproche, por medio de la denegación de beneficios y subrogados, prohibición que se ha mantenido incólume en su espíritu a través de las distintas reformas que ha tenido el listado del canon 68A del C.P.

En el contexto de la administración pública, la RAE define la corrupción como la “práctica consistente en la utilización indebida o ilícita de las funciones de aquellas en provecho de sus gestores”² acepción que bien se aviene a lo que se buscaba evitar con la prohibición de beneficios y subrogados en materia de los delitos contra la administración pública que significaran una patente afectación a la actuación o a la economía del Estado.

Al revisar el texto normativo del delito de violencia contra servidor público, si bien es conducta prevista en el título XV de la Ley 599 de 2000 “delitos contra la administración pública”, la protección que brinda extrapola ese bien jurídico y permea la moral, integridad física y la libertad del servidor en ejercicio de sus funciones.

La norma penal en comento castiga la acción de ejercer violencia, física o moral, en contra de un servidor público, ya sea en razón de sus funciones o para obligarlo a realizar u omitir un acto de su competencia o para efectuar una acción contraria a sus deberes, conducta que no guarda ningún tipo de relación con actos de corrupción que atenten contra la administración pública.

Si bien la Corte Suprema de Justicia, por medio de los autos AP189-2018 y AP2173-2015, enfatizó que no era viable la concesión de beneficios y subrogados a personas condenadas

² <https://dle.rae.es/corrupci%C3%B3n>

por el delito de violencia contra servidor público por considerar que la norma prohibitiva no realizó distinciones sobre los delitos que fueran o no actos de corrupción, la Sala considera necesario apartarse de ese criterio, por las razones que se expondrán en líneas subsiguientes.

El criterio de la Corte Suprema antes reseñado, obedece a una interpretación exegética de la norma en cuestión, que, si bien puede ser acertado, no es el único criterio hermenéutico válido para analizar si la prohibición del 68A se hace extensiva a todos los delitos dolosos contra la administración pública.

Pues bien, si se hace un ejercicio hermenéutico de carácter teleológico, a todas luces se observa que el espíritu de la norma prohibitiva iba encaminado a castigar con mayor severidad y vedar de beneficios y subrogados aquellos delitos que atentasen contra la administración pública que tuvieran desarrollo en el ámbito de la corrupción, situación que no se compadece con el delito de violencia contra servidor público pues, se itera, este tiene como conducta prohibitiva la realización de actos violentos en contra del servidor del Estado, sin que medie algún tipo de acción que busque corromperlo.

Echando mano también de la interpretación histórica, se tiene que las subsiguientes normas que efectuaron reformas a la prohibición del 68A, nunca variaron ese criterio teleológico antes reseñado; por el contrario, tuvieron fundamentos totalmente distintos a la ejemplarización de castigos hacia los actos de corrupción.

Por lo tanto, hacer extensiva esa prohibición a los delitos contra la administración pública que no comporten actos de corrupción, sería tanto como desconocer que la razón de ser, o lo querido por el legislador, fue castigar con mayor severidad la deshonestidad estatal y avalar que la prisión no sea usada como último recurso, encarcelando ciudadanos por delitos que, si bien constituyen una afrenta al funcionamiento del Estado, no tienen una connotación tan grave como otros que afectan de manera severa el patrimonio público o los principios que rigen a la actividad estatal.

Dicho de otra forma, el delito de violencia contra servidor público, si bien es de carácter doloso y afecta el bien jurídico tutelado en el título XV del C.P., no comporta un acto de corrupción susceptible de prohibición, tal como lo enseñaba el querer legislativo cuando introdujo la denegación de beneficios y subrogados, motivo más que suficiente para propender por la inaplicación de la prohibición del 68A en los eventos de condenas por el reato antes señalado.

7.2.2. De la prohibición de beneficios y subrogados del artículo 68A de la Ley 599 de 2000 respecto al hurto calificado, tentado.

Luego del recuento anterior, se tiene que para el año 2014 y siendo esta la modificación que interesa para el presente tópico, el Congreso de la Republica expidió la Ley 1709 de 2014 que, entre otros tipos penales, incluyó el de hurto calificado como uno de los exceptuados para la concesión de beneficios y

subrogados, modificación legislativa que se mantiene incólume hasta la fecha.

Ahora bien, el canon 27 del C.P. contempla la tentativa como un dispositivo amplificador de los tipos penales de resultado que opera en aquellos eventos en los que, por razones ajenas a su voluntad, el sujeto agente no logra materializar su fin y que tiene incidencias únicamente en el *quantum* punitivo a aplicar.

Lo anterior, significa que la comisión tentada de una conducta no contrae una modificación al *nomen iuris* del delito, esto es, no genera un nuevo tipo penal, sino que se limita a establecer una pena menor con relación a esos eventos en los cuales si se consuma la realización de la conducta prohibida por la ley penal.

Por lo anterior, la prohibición del canon 68A del C.P. opera tanto para delitos consumados como para aquellos que admiten la modalidad tentada como una de sus formas de ejecución, puesto que la presencia de la tentativa no es más que la configuración de una situación que no genera variaciones a los tipos penales consagrados en el Código Penal Colombiano, sino que simplemente incide en los extremos punitivos.

4.2.1.3. Caso concreto

Dentro del presente asunto, se tiene que el señor **Juan Pablo Marín Vargas** resultó condenado, por vía de preacuerdo, por los punibles de violencia contra servidor público agravado y hurto calificado y agravado en modalidad tentada, imponiéndosele

una pena de 38 meses de prisión, negándosele la suspensión condicional de la ejecución de la pena por estar estos reatos incluidos en el canon 68A del C.P. como aquellas conductas que ostentan prohibición para el otorgamiento de beneficios y subrogados.

La defensa del encartado censuró este último tópico por considerar que, frente al delito contra la administración pública, se debía inaplicar la prohibición por no ser esa conducta un acto de corrupción y que ante el hurto calificado debía ocurrir la misma inaplicación por cuanto ese reato no se consumó y su prohijado reparó a la víctima.

Pues bien, lo primero que debe analizarse en este asunto lo es el cumplimiento de los requisitos que señala el artículo 63 del C.P. en el presente asunto y de cara a los punibles por los cuales resultó condenado el señor **Marín Vargas**.

En efecto, el primer requisito que se tiene es que la pena impuesta en la sentencia sea inferior a los 48 meses, el cual se encuentra plenamente satisfecho en este asunto, pues la sanción con la que fue gravado el señor **Marín Vargas** como resultado del preacuerdo suscrito con el ente acusador lo fue de 38 meses de prisión.

Prosiguiendo con el estudio de los parámetros de aplicación del subrogado, se encuentra establecido en el texto legal que el anterior requisito bastaría si se trata de un sujeto que carezca de antecedentes penales y que el delito por el que resulte condenado no se encuentre enlistado en el canon 68A del C.P.

Analizado lo anterior, se tiene que el señor **Marín Vargas** carece de antecedentes penales; no obstante, los delitos por los que resultó condenado se encuentran enlistados en el artículo señalado en precedencia como conductas vedadas de otorgamiento de suspensión condicional de la pena, siendo ello lo refutado por la defensa y lo que debe analizar la Sala.

Se tiene, entonces, que uno de los delitos por los que se emitió juicio de reproche lo fue el de violencia contra servidor público, agravado, que es uno de aquellos que se ubican dentro del título XV del libro II de la Ley 599 de 2000, esto es, como afectatorio de la administración pública.

No obstante lo anterior, tal como la Sala lo explicó con suficiencia, una interpretación histórica y teleológica de la norma en comento conduce indefectiblemente a considerar que que la prohibición solo iba dirigida a delitos contra la Administración Pública que involucren actos de corrupción, situación que no se evidencia en este asunto, pues la configuración del delito de violencia contra servidor público, en este preciso evento, no constituyó un acto que fuera en detrimento del patrimonio estatal o que afectara de modo sustancial los principios que rigen la moralidad de la actividad pública.

Por el contrario, la actuación demuestra que la comisión del delito consistió en un acto de violencia física desplegado por el ciudadano que iba encaminado a entorpecer un acto propio de la actividad policial, como lo era la captura del procesado por estar en plena comisión de un delito, situación que evidentemente no comporta un acto de corrupción que se

compadezca con la finalidad denotada del querer del legislador, por lo que primariamente se puede pensar en el otorgamiento del subrogado pedido por la defensa.

Sin embargo, el señor **Marín Vargas** también resultó condenado por el delito de hurto calificado y agravado, tentado, el cual también se encuentra enlistado en el artículo 68A del C.P.

Ante este panorama, tal como ya se dijo, encuentra la Sala que si bien el acusado fue condenado por el delito de hurto calificado y agravado en modalidad tentada, esa aplicación del dispositivo amplificador del tipo no hace que se trate de un delito autónomo no enlistado en la norma prohibitiva del 68A y que amerite la concesión de los beneficios y subrogados punitivos, por cuanto la aplicación de la tentativa no hace nacer a la vida jurídica un nuevo delito, sino que simplemente es un dispositivo amplificador del tipo penal.

Además, con la prohibición creada para ese reato a través de la Ley 1709 de 2014, el legislador no realizó distinciones entre las modalidades de realización de la conducta ni mucho menos estuvo inmerso en sus motivos no aplicar la prohibición a eventos donde la comisión del delito se quedara en la esfera de la tentativa³, motivo que hace abiertamente impertinente la argumentación del censor si se establece que el querer del legislador estaba circunscrito a vedar de beneficios y subrogados las condenas proferidas por el delito de hurto calificado, sin distingo de su modalidad de ejecución, en tanto el querer del legislador fue el suprimir beneficios a cierto tipo de

³ Al respecto, revítese la Gaceta del Congreso No. 117 del 21 de marzo de 2013, donde reposa la exposición de motivos de la Ley 1709 de 2014.

delincuencia que se considera afecta de mayor manera a la comunidad.

Ahora, con relación a la colaboración con la Administración de Justicia que la defensa apalanca en la suscripción de un acuerdo y la indemnización a la víctima, tiene la Sala que estos no son argumentos de recibo para proceder a inaplicar una norma que goza de presunción de legalidad; tales criterios solo son válidos para rebajas punitivas, tal y como lo hizo la *a quo* en su proveído, pero nunca para otorgar un beneficio o subrogado y menos ante la comisión de conductas que se encuentran vedadas de ellos.

Por todo lo expuesto, lo que impele para la Sala en este preciso punto es confirmar la denegación del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena dispuesta en la sentencia de primer nivel.

7.2.2 ¿El procesado, dada la patología ventilada en esta causa, se hace merecedor al beneficio de la sustitución de la prisión intramural por la prisión domiciliaria, en tanto su estado de salud es incompatible con un internamiento carcelario?

Sea lo primero indicar que el artículo 68 del Código Penal, establece lo siguiente:

“ARTICULO 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 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.”. – Subrayas despacho-.

Por su parte, el artículo 38 de la misma obra señala:

“LA PRISIÓN DOMICILIARIA COMO SUSTITUTIVA DE LA PRISIÓN: 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”.-Negrilla del despacho -

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

“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.

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

(...)”

La Sala de Casación Penal, con fundamento en esta normatividad, ha sido reiterativa en señalar que para reconocer el mecanismo sustitutivo invocado por el enjuiciado: “no basta con que el médico forense advierta la gravedad del estado de salud del

procesado, pues en todo caso es necesario que la conclusión apunte inequívocamente a la imposibilidad de cumplimiento de la pena o medida en reclusión formal”⁴.

Bajo estos parámetros, lo primero que debe indicarse es que los artículos 68 del Código Penal y 314 de la Ley 906 de 2004, establecen una medida de carácter humanitario en favor de los condenados o procesados que padezcan una enfermedad muy grave incompatible con la reclusión carcelaria, para que la pena se pueda cumplir en un centro hospitalario o en su propia residencia, hasta tanto se supera, si es del caso, la dolencia física.

No obstante lo anterior, en ambas normas literalmente se dice que el juez “podrá” autorizar la sustitución de la reclusión intramural por la domiciliaria, lo que indica que se trata de una facultad optativa, pues la norma realmente no obliga de manera automática al funcionario a otorgar la medida aun cuando se cumplan con los requisitos exigidos en la ley.

En punto concreto de la sanción, y dejando de lado -por ahora- lo atinente a la medida precautelar de la detención preventiva, para el otorgamiento de dichos beneficios, no se debe evaluar únicamente el cumplimiento de las hipótesis establecidas en el artículo 68 sustancial, sino que es imperativo efectuar un análisis sistemático, así sea laxo de la pena, de sus fines constitucionales y legales, de tal manera que el juez no solo deba analizar si está demostrada con certeza la causal invocada, sino que la pena, además de mostrarse necesaria, proporcional y razonable (art. 3 C. P.) cumpla razonablemente

⁴ CSJ AP1927-2017, 22 Mar. 2017, Rad. 49685.

con sus funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado, previstos en la norma principal del artículo 4 penal, que por tal condición constituye una de las directrices que orientan todo el sistema penal y por lo tanto tiene prevalencia sobre el resto del cuerpo normativo legal ordinario.

En ese sentido, atendiendo dichos factores, para determinar si resulta procedente otorgar la reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad grave el juez debe evaluar:

- a. Que la enfermedad sea tan grave que resulte incompatible con la reclusión formal, esto es que esta última ponga en serio peligro la vida o la salud misma del condenado.
- b. La naturaleza y gravedad del delito por el que la persona resultó condenada y,
- c. Que la pena se muestre proporcional, necesaria y razonable frente a los fines de la misma y al delito por el cual se condenó a la persona.

En relación al primer factor, esto es la **enfermedad grave**, no basta con la emisión de un dictamen del experto en la salud (oficial o privado), pues es el juez, como perito de peritos, quien determinará si el imputado o acusado debe acceder a la sustitución y si debe permanecer en su lugar de residencia o en clínica u hospital, por lo que debe valorar que la enfermedad realmente sea incompatible con la prisión, lo que implica que no sea cualquier dolencia, sino aquella que se vea seriamente agravada por la reclusión en sí misma.

De lo anterior se deduce con claridad, que si la enfermedad puede ser tratada intramuralmente y si su estado de salud no va a empeorar ni mejorar en la reclusión, 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 desmedro de que se pueda disponer, de igual manera, de reclusión hospitalaria permanente o temporal, si la situación así lo amerita.

En punto a la **naturaleza y gravedad del delito**, este es un factor importante a tener en cuenta, de un lado, porque determina la cantidad y calidad de la pena y de otro, pone de presente un factor preponderante al momento de evaluar la proporcionalidad del sustituto penal, en la medida que entre más grave haya sido el delito más exigente debe ser el juez para la concesión del beneficio. Es decir, necesariamente debe haber un ejercicio de ponderación entre la gravedad del delito cometido y la gravedad de la enfermedad que aqueja al condenado.

Finalmente, para garantizar los **fines de la pena**, el juez deberá analizar que el sustituto penal se avenga al contenido de las normas rectoras previstas en los artículos 3 y 4 del Código Penal. Es claro, que por tratarse de una medida humanitaria no puede exigirse un cumplimiento a cabalidad de todos ellos; pero ello tampoco significa que ellos queden eliminados o inocuizados de manera absoluta por la condición física del condenado. La idea es que frente a una situación de este tipo el

juez pondere entre los derechos de la persona sancionada, los intereses de las víctimas y los de la sociedad.

En efecto, las penas, los subrogados penales y las medidas de seguridad no pueden ser analizados e interpretados al margen de los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad consagrados en el artículo 3 del C.P⁵; pero también dicha hermenéutica tiene que ir de la mano con las funciones de prevención general, prevención especial, retribución justa, resocialización y protección al condenado consagrados en el artículo 4 *idem*⁶. Las dos normas antes citadas por tener rango de principios deben irradiar con su contenido al resto del ordenamiento penal, de acuerdo al categórico mandamiento previsto en el artículo 13 del C.P:

ARTICULO 13. NORMAS RECTORAS Y FUERZA NORMATIVA.
Las normas rectoras contenidas en este Código constituyen la esencia y orientación del sistema penal. Prevalecen sobre las demás e informan su interpretación.

Frente a una enfermedad muy grave del condenado, la función de la pena que más se va a ver afectada será la retribución justa, por cuanto la sustitución intramural por la domiciliaria resultara ser muy benigna; pero ello se debe, tal como ya se ha señalado, a motivos estrictamente de humanidad, que a su vez

⁵ **ARTICULO 3o. PRINCIPIOS DE LAS SANCIONES PENALES.** La imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.

⁶ **ARTICULO 4o. FUNCIONES DE LA PENA.** La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.

se pueden ver armonizados con las funciones de protección y reinserción social

La prevención general y especial, en cambio, tanto en su fase legislativa como en la de asignación judicial, implica la debida correlación o correspondencia que tiene que haber entre la pena impuesta y la gravedad del delito, de tal manera que “exigir proporción entre delitos y penas significa que la dureza de estas no ha de exceder la gravedad que para la sociedad posee el hecho castigado. Paralelamente, que la imposición de sanciones leves en casos de extrema gravedad implica quebrantar el principio de proporcionalidad de las penas y, a su vez, constituye una forma deplorable de impunidad y a la sazón de injusticia”⁷

Ahora bien en un modelo de Estado Constitucional, como se acaba de señalar, la finalidad del *ius puniendi* no es solo establecer precisas contenciones para evitar los excesos en la punición, sino claramente proteger bienes jurídicos.

Desde esa óptica, uno de los fundamentos del castigo penal, incluso uno de los más importantes, es la **prevención adecuada y razonable de los delitos**, que tiene que ver nada más y nada menos con la razón primigenia de un Estado Social que es proteger la vida, honra, bienes y demás derechos y libertades de todos los residentes en Colombia⁸. Por consiguiente, sin descuidar los otros fines, la pena adquiere una connotación eminentemente preventiva, dado que se orienta a incidir afirmativamente en la lucha contra el crimen, como presupuesto de protección de bienes jurídicos.

⁷ C.S.J. Rad. 38242 del 28 de mayo de 2014

⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-578-2002

Así, la función preventiva de la pena se debe entender como un mecanismo institucional de control social en un doble sentido: de un lado, a través de la conminación a la colectividad para que se abstenga de incurrir en una determinada conducta. Esto es lo que se denomina la prevención general negativa (fase legislativa). De otro, mediante la aplicación de una sanción adecuada, que envíe un mensaje de vigencia del ordenamiento jurídico a la comunidad, lo que se conoce como prevención general positiva, y evite la reincidencia del sujeto condenado, prevención especial, lo que a su vez, por lo menos en teoría, va de la mano con su reinserción social.

Sobre el punto la Sala de Casación Penal ha explicado:

La prevención especial, por su parte, tiende a evitar que el delincuente reincida en comportamientos desviados durante el término de ejecución de la sanción penal. Ello, por supuesto, debidamente engranado con el propósito de resocialización; ya que, como lo explica Von Listz, frente a quien transgrede la ley penal la imposición de la pena ha de servir como camino para la resocialización, lo cual supone que la protección de bienes jurídicos se materializa mediante la incidencia de la sanción en la personalidad del delincuente, con la finalidad de prevenir ulteriores delitos.⁹

Así las cosas, la prisión domiciliaria prevista en el artículo 68 ya referido, tiene que ser necesariamente analizada en clave de los principios y fines que informan a todas las penas, en los

⁹ C.S.J. Rad. 33254 del 27 de febrero de 2013. Sobre los fines de la pena también se pueden consultar varias sentencias de la Corte Constitucional: C-565 de 1993, C-430 de 1996, C-312 de 2002, entre otras

términos antes explicados para que la misma resulte armónica con el sistema de justicia penal.

Por eso es que para la Sala una interpretación meramente exegética y aislada de la norma en comento puede resultar inadecuada, en casos donde, por ejemplo, haya clara probabilidad de que el condenado pueda seguir delinquiriendo.

Realmente la prisión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad grave tiene que estar nutrida de los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad; pero a su vez también tiene que consultar, por lo menos, el fin de prevención especial, bajo el entendido que se trata ciertamente de una medida de carácter humanitario, pero que no por ello se puede dejar inerme a la comunidad en concreto en la que se encuentra inserto el condenado.

En síntesis, la gravedad de una enfermedad no conduce de manera automática a la concesión del beneficio del artículo 68 del C.P. Claro, esa va a ser la regla general, pero adicionalmente a ello, tal medida debe resultar proporcional, necesaria y adecuada frente a la gravedad del delito por el cual la persona resultó sentenciada y, muy importante, que no haya probabilidad que esta pueda seguir delinquiriendo.

7.2.2.1. Análisis del caso concreto.

Se tiene que en el presente asunto y al celebrarse la audiencia de individualización de la pena, la defensa del señor **Juan Pablo Marín Vargas** solicitó el otorgamiento de la prisión domiciliaria por enfermedad grave, aduciendo que su prohijado tenía problemas psiquiátricos y presentaba idearios suicidas que no garantizaban una buena instancia en prisión y para lo cual aportó, aportando una serie de piezas clínicas donde se evidenciaba las distintas atenciones en salud del acusado y un peritaje psicológico.

Tal solicitud fue despachada desfavorablemente por la Juez de primera instancia, por considerar que los padecimientos del ciudadano no revestían un estado grave y que no se había aportado al proceso un elemento que determinara lo penoso del estado médico del ciudadano y su imposibilidad de cumplir la pena en reclusión formal.

Ante esta determinación, el defensor interpuso recurso de apelación, insistiendo en que su cliente está en un estado delicado de salud mental y que su reclusión formal podría generar que aquel atente contra su vida.

De cara a lo anterior, lo primero que se debe decir es que, si bien se dijo por la defensa que el procesado tiene una serie de problemas a nivel mental que puede volver más difícil su situación en prisión intramural, lo es también que esta no resulta incompatible con dicha modalidad de pena.

En efecto, se allegaron documentos que daban cuenta de que el señor **Marín Vargas** tenía un padecimiento de depresión

moderada y trastornos mentales y del comportamiento relacionados con el uso de estupefacientes, así como varias piezas atinentes a las atenciones médicas recibidas por el procesado.

También, se dio traslado de unas entrevistas y certificaciones respecto al comportamiento social y personal del encartado, aunado a un informe de fijación fotográfica del entorno de este y otro de carácter psicológico en el que se da cuenta de que **Marín Vargas** tiene ideas suicidas y en el cual se señalaron una serie de recomendaciones, concluyéndose que su condición mental deviene incompatible con la vida en prisión.

Analizado ello, se tiene que, en efecto, le asiste razón a la juez d de primer nivel, por cuanto el encartado carece de una enfermedad grave, lo cual constituye el primer requisito para acceder a dicho beneficio.

En efecto, las condiciones psiquiátricas o mentales del procesado derivadas de sus diagnósticos de episodios leves depresivos y de trastornos comportamentales por uso de sustancias psicoactivas, no devienen en un estado de salud insostenible que no permita su reclusión formal, pues de la misma prueba de la defensa se extrae que este requiere de un acompañamiento al interior del penal, mas no demuestra con elementos certeros la inconveniencia de la reclusión formal ni mucho menos la incompatibilidad de esta con su padecimiento.

En ese entendido, con lo aportado en el plenario, no se tiene conocimiento certero de que el señor **Juan Pablo Marín Vargas** tenga una difícil condición de salud que devenga incompatible con la reclusión formal que haga forzosa la determinación de hacerlo purgar la pena en su casa.

Bajo este razonamiento la Sala considera procedente confirmar la decisión de primera instancia emitida por la Juez Séptima Penal del Circuito de Medellín el 13 de marzo de 2024, en punto a la denegación de la prisión domiciliaria por enfermedad grave, por cuanto esta no es procedente por el estado actual de salud del procesado.

No obstante lo anterior, lo aquí decidido no es óbice para que la defensa del ciudadano reabra este debate en fase de ejecución de la pena, en el evento en que varíen las circunstancias aquí evaluadas.

8. Decisión

Por causa de lo expuesto, el **Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

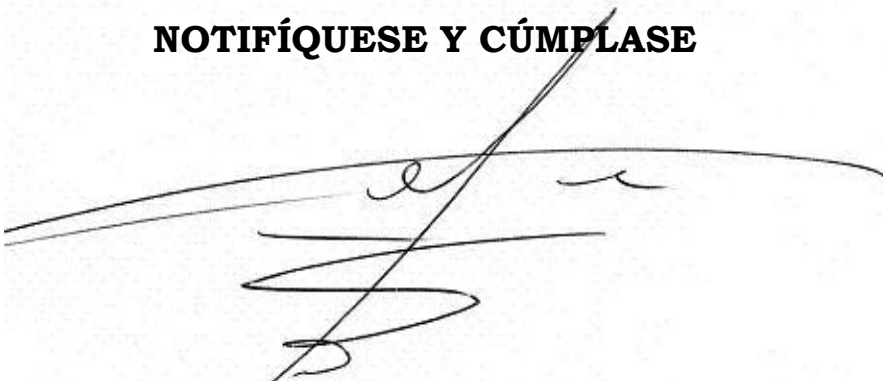
8.1. RESUELVE

Primero: CONFIRMAR íntegramente la sentencia emitida por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Medellín, el 13 de marzo

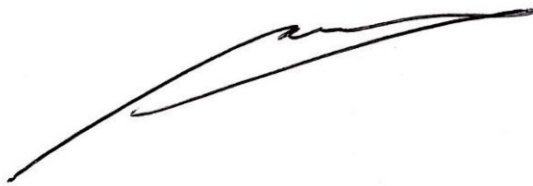
de 2024, en contra del señor **Juan Pablo Marín Vargas** por las razones expuestas en esta decisión.

Segundo: Frente a esta decisión solo procede el recurso extraordinario de casación.

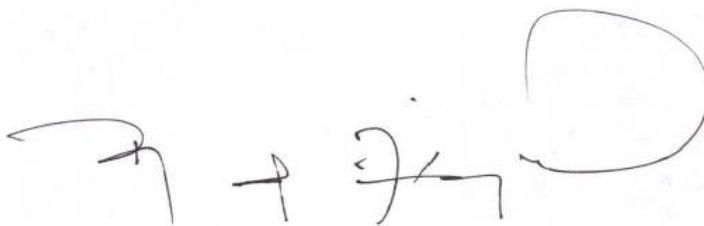
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO
Magistrado



RICARDO DE LA PAVA MARULANDA
Magistrado
(Con aclaración de voto)



RAFAEL MARIA DELGADO ORTIZ
Magistrado
(Con aclaración de voto)