

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
SALA DE JUSTICIA Y PAZ

OHER HADITH HERNÁNDEZ ROA
Magistrada Ponente

Acta No. 026

Bogotá, D.C, tres (03) de agosto de dos mil veinte (2020)

Radicado 110016000253200681099 (02)
Postulado Hebert Veloza García - Bloques Calima y Bananero
Segunda Instancia

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Se pronuncia la Sala sobre el recurso de apelación contra la providencia del 12 de junio de 2020 del juzgado penal del circuito con función de ejecución de sentencias para las salas de justicia y paz del territorio nacional, interpuesto por la defensa del postulado **HEBERT VELOZA GARCÍA**, contra las decisiones 1ª y 2ª por las que se denegaron la concesión de la prisión domiciliaria y de la reclusión domiciliaria por enfermedad muy grave (artículos 38 y 68 del Código Penal).

Adicionalmente, respecto a la impugnación en alzada manifestada por el Fiscal 48 delegado de Justicia y Paz con sede en Medellín contra la decisión 4ª por la cual dispuso requerir a la Fiscalía General de la Nación por medio de sus delegados 48 y 18 ante tribunal para la realización de las actuaciones conminadas en una decisión anterior de ese despacho cuando negara la concesión de la libertad a prueba.

II. ANTECEDENTES PROCESALES INMEDIATOS

2.1. El 14 de abril de 2020, el doctor Fernando Humberto Villota Grajales como defensor del Postulado **HEBERT VELOZA GARCÍA**, radicó ante el juzgado de ejecución

de sentencias de justicia y paz un primer memorial en el que reseñaba las causas por las que el Gobierno Nacional declaró la Emergencia Sanitaria y expidió el Decreto Legislativo 546 de 2020 creando la prisión domiciliaria transitoria, considerando que esto, "abre la posibilidad" para que por los mismos motivos se conceda la prisión domiciliaria a quienes como su poderdante han incurrido en crímenes de *lesa humanidad*, como viene de entenderse de acuerdo con el inciso final del artículo 6º del referido decreto donde si bien claramente se indica que las personas incursas en esas conductas no acceden a la figura, sí pueden elevar las solicitudes tendientes a preservar su integridad personal ante las autoridades encargadas de aplicar los procedimientos, como para el caso, lo es el juzgado de ejecución de penas de justicia y paz.

En consecuencia, con la finalidad de demostrar que las patologías crónicas indicadas en la historia clínica que reposan en el Centro Penitenciario de La Paz - Itagüí donde está recluso su poderdante, "lo convierten en una persona de alto riesgo de ser contagiado en un centro de reclusión por el CORONAVIRUS COVID-19 y que dado el caso y por esa (sic) mismas patologías sería un paciente /con/ altas posibilidades fatales", solicitó que se oficiara al Instituto Nacional de Medicina Legal de Medellín o Itagüí para que se le realizara dentro del mismo centro carcelario la valoración médica.

2.2. Con Oficio No. 1173 del 17 de abril siguiente, se comunicó la determinación del Juzgado por auto de esa fecha negando por improcedente la solicitud de la defensa, toda vez que con la historia clínica y el resumen adjuntos al memorial los cuales reposan en el Área de Salud del mencionado Centro Penitenciario y Carcelario, se acreditan las patologías (hipertensión y compromiso renal) que padece el postulado y las fechas desde las cuales fueron diagnosticadas. Por otra parte, le indicó al memorialista que, si la pretensión de la defensa técnica era que se estudiara la viabilidad de concederle la medida transitoria de prisión domiciliaria a la que refiere el decreto 546 de 2020, lo expresara así en memorial con el que remitiera los elementos materiales adicionales, a fin de proceder a imprimir el trámite contemplado en el artículo 8º *Ibidem*.

2.3. El 22 de mayo siguiente, según se indica en el acta de la primera sesión de audiencia, "(...), se recibió memorial suscrito por la defensa técnica del postulado condenado parcialmente HEBERT VELOZA GARCÍA, por medio del cual solicitó que se señalara fecha y hora para llevar a cabo audiencia virtual para sustentar la solicitud de reclusión domiciliaria por enfermedad grave, con fundamento en el artículo 68 del

Código Penal (Ley 599 del 2000), en concordancia con el artículo 314 numeral 4º del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 del 2004) y el artículo 62 de la Ley 975 de 2005, al cual se adjuntaron 20 archivos digitales contentivos de los elementos materiales probatorios que serán base de su sustentación, de los que se dispuso correr traslado a los sujetos procesales en el auto del 27 siguiente en que se fijó fecha y hora para llevar a cabo la audiencia para sustentar esa solicitud el día de hoy”.

2.4. Las audiencias se llevaron a efecto los días 8 y 12 de junio, fecha última en la que se da lectura a la decisión del Juzgado, así como la interposición de los recursos y traslados, disponiéndose la conformación digital de todos los archivos para su remisión a la Secretaría de esta Sala y Corporación donde se efectuó la asignación mediante reparto, por conocimiento previo segunda vez al despacho ponente, de los siguientes archivos:

a) De actuaciones del juzgado de primera instancia:

- Auto materia de impugnación y actas de la primera y segunda sesión de audiencia.
- *“Acta de visita virtual de verificación de medidas adoptadas con ocasión de la declaratoria de emergencia económica y social por parte del Gobierno Nacional originada por el brote del virus Covid-19 en el establecimiento carcelario La Paz de Itagüí (Antioquia)”*, realizada por la Juez a quo el pasado 3 de abril con acompañamiento del Ministerio Público; acta que fue solicitada en sede de segunda instancia porque si bien hace parte de la estructura de la providencia se echó de menos de entre los archivos que se remitieron.
- Los enlaces en dato digital para descargar los registros magnéticos de las sesiones de las audiencias del 8 y 12 de junio del año en curso.

b) De documentación probatoria allegada por el defensor:

- Historia clínica y Resumen de la que corresponde al paciente **HEBERT VELOZA GARCÍA** en la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios USPEC del CPAMS La Paz – Itagüí del 29 de marzo de 2020, arrojando:

“Conclusión médica: Paciente de 52 años, con patologías crónicas (hipertensión,

compromiso renal). Durante su estancia intramural no se han reportado cifras de creatinina menores a 1 mg/dl, situación que compromete su función (sic) renal y lo pone en riesgo latente para falla renal fulminante por ser monorrenal (sic) y que pudiera requerir más adelante diálisis.

Paciente en riesgo por ser grupo etareo (sic) y condición renal para complicación por infecciones bacterianas y virales (específicamente la emergencia pandémica actual).

Requiere control y seguimiento constante por nefrologo (sic), (ilegible) lesión hepática (sic)".

- Concepto Médico Internista. Clínica Conquistadores S.A. Clínica Conquistadores Historia Clínica. Motivo de Consulta: Concepto Médico de Estado de Salud. Fecha: 18.05.20. Elabora el médico internista doctor Andrés Córdoba Sánchez RM 5214205, arrojando la siguiente:

"OPINIÓN: Paciente en la sexta década de la vida con antecedentes de enfermedad renal crónica e hipertensión arterial requiere de seguimiento mas (sic) estrecho de la función renal y controlar los factores que deterioran la función renal como en este caso la hipertensión arterial y el uso de anti (sic) inflamatorios no esteroides.

En la época actual de pandemia por el virus COVID-19 las condiciones comórbidas de enfermedad renal crónica e hipertensión arterial son consideradas por las diferentes autoridades mundiales sanitarias factores de riesgo para desarrollo de enfermedad severa y complicaciones medicas (sic) asociadas a dicha infección."

- Derecho de petición que el defensor dirige al director del centro del centro carcelario, solicitando entre otras cuestiones además de la historia clínica y el resumen, se le certificara sobre las razones por las que se incluyó el nombre de su representado en el listado de enfermos crónicos que elaboró el grupo de Sanidad del centro penitenciario y los motivos que se consideraron para ello.
- Respuesta al derecho de petición por el Coordinador de Sanidad del CPAMS La Paz – Itagüí con Oficio 501-CPAMSPA-SAN del 24 de abril de 2020, indicando:

"2. Se informa que actualmente la matriz de crónicos en la cual se encuentra su apoderado se utiliza para la realización del seguimiento de la patologías de los PPL crónicos, en el caso de su apoderado se encuentra en esta para hacerle seguimiento a su HTA, realizarle controles médicos, suministro de medicamentos y realización de exámenes, dicha información se envía mensualmente a la regional del INPEC la cual consolida la información para INPEC central, si se requiere copia de dicha información esta debe ser solicitada a la sede central del INPEC que en esta matriz reposa información confidencial.

3. Por último se informa que el nombre de su apoderado no ha sido enviado en ningún listado para aplicación del beneficio de domiciliaria debido a que se debe tener una valoración por parte de medicina legal para dicho trámite por parte de este establecimiento”.

- Acta 203 del 12 de septiembre de 2018, entre otras de la misma índole, ante el magistrado de control de garantías de justicia y paz con sede en Medellín, en la que consta la verificación de audiencia de sustitución de la medida de aseguramiento a favor del postulado VELOZA GARCÍA y de la suspensión condicional de la ejecución de 38 sentencias de condena impuestas en la justicia ordinaria.
- Estadísticas sobre la propagación del Coronavirus COVID-19 y artículos relacionados; así como pruebas de “arraigo” para el lugar de residencia en la que junto a su esposa el postulado cumpliría la medida domiciliaria.
- Decisión (trasliterada) y audio de la audiencia del 22 de abril de 2020 en la que el magistrado de control de garantías de Justicia y Paz de Barranquilla concedió la prisión domiciliaria por enfermedad grave al postulado Ricardo Beltrán Luque.

III. LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado luego de examinar las normas sobre la competencia para resolver, evaluó acerca de la improcedencia de subrogados o beneficios adicionales al de la pena alternativa en Justicia y Paz como la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión e incluso si se tratara de la reclusión domiciliaria por enfermedad muy grave, por expresa prohibición del artículo 29 de esa normativa especial; señalando que lo único procedente es la libertad a prueba la cual se negó al postulado VELOZA GARCÍA según las consideraciones expuestas en el auto del 18 de julio de 2019 confirmado por la instancia superior.

Dice, sin embargo, que como el artículo 68 habilita al juez de ejecución de penas para disponer que la sanción privativa se cumpla en la residencia del condenado o en centro hospitalario en los casos que se acredite grave enfermedad incompatible con la vida en reclusión independientemente de la gravedad de las conductas, se debe

proceder a evaluar si se cumplen los presupuestos para concederla siempre que la reclusión carcelaria resulte incompatible con la dignidad, la vida o la salud del interno, conforme se obtiene de los tratados internacionales y de los artículos 1º, 11 y 12 de la Constitución Política.

Para el caso concreto, señala que, si bien están probatoriamente acreditadas las patologías que padece el señor VELOZA GARCÍA, de esos medios de prueba incluido el concepto que no proviene de perito oficial (Sentencia C-163 de 2019), no se puede predicar que la salud del postulado resulte incompatible con la reclusión en centro penitenciario que viene soportando desde años atrás tanto en Colombia como en los Estados Unidos, por lo que el tratamiento médico puede seguir suministrándose dentro del centro carcelario; resultando inviable el otorgamiento del beneficio del artículo 68 del código penal al no estar demostrado el presupuesto.

Por otra parte, agregó, aun cuando el defensor señala que no demanda la aplicación del Decreto 546 de 2020 es esa la normativa que corresponde a sus pretensiones, y si bien es cierto las enfermedades diagnosticadas para el postulado están dentro del listado del literal c) del artículo 2º es, por expresa disposición del artículo 6º del mismo decreto, que el postulado no es beneficiario de la medida de prisión domiciliaria transitoria aun cuando padezca de las referidas patologías que lo ubican dentro de uno de los grupos de mayor riesgo.

Señaló por último que, de acuerdo con la visita virtual que el despacho realizó al establecimiento carcelario de Itagüí con acompañamiento del Ministerio Público, el postulado se encuentra recluso en el pabellón III donde en la actualidad solamente se encuentran 10 postulados de la Ley de Justicia y Paz por lo que no hay hacinamiento y cuentan con lo indispensable para disminuir el riesgo de contagio.

De esta manera, resolvió en los artículos 1º y 2º de la parte resolutive, respectivamente, negar la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión de que trata el artículo 38 del Código Penal y negar la reclusión domiciliaria por enfermedad muy grave prevista en el artículo 68 *Ejusdem*, demandadas por el apoderado de confianza del señor HEBERT VELOZA GARCÍA; decisiones que ambos recurrieron mediante la interposición del recurso de apelación, cumpliéndose con el deber de la carga argumentativa propia de la sustentación.

En el artículo cuarto dispuso: "Por segunda vez, **REQUERIR** a los Fiscales 18 y 48 delegados ante el Tribunal, la realización de las actuaciones indicadas en la parte motiva de este auto si no lo han hecho, debiéndose **COMUNICAR** este auto al primer delegado mencionado para el efecto y al Director de la Unida Nacional de Justicia Transicional, para su conocimiento y fines pertinentes". Esta determinación fue recurrida en apelación por el fiscal 48 delegado ante tribunal adscrito a la Dirección Especializada de Justicia Transicional.

Los recursos se concedieron en el efecto devolutivo.

IV. LOS RECURSOS Y TRASLADOS

4.1. La sustentación de los recursos de apelación:

4.1.1. De la Defensa técnica y material (Rec. 02:39:53 y 03:46:53).

El abogado Fernando Humberto Villota Grajales, defensor del postulado, en una intervención bastante extensa y de repetitivos argumentos cuya síntesis acá se procura, comenzó advirtiendo que desde el momento que le fue negada la solicitud que hizo en el sentido de que se oficiara a Medicina Legal según los argumentos expuestos, aunado a la visita virtual que la juez dispuso realizar al centro penitenciario considerando superadas a partir de unas entrevistas lo que se ha llamado estado de cosas inconstitucional, supo que la decisión negativa ya estaba tomada, aspirando que la Sala pueda revisar las decisiones sin el prejuicio con el que la juez asume cada petición relacionada con VELOZA GARCÍA despachándolas desfavorablemente porque en su concepto no merece estar en justicia y paz y por ende tampoco una medida de protección para su salud.

Pasa luego a indicar que la juez, acogiendo la posición del procurador, trajo a cita el artículo 29 de la Ley 975 de 2005 entrando en disertación acerca de cuáles son los subrogados penales para lo cual explica de acuerdo con la Sentencia C-679 de 1998 que son la suspensión de la ejecución de la pena y la libertad condicional, y que aunque la Sentencia T-019 de 2017 señala que la prisión domiciliaria clasifica dentro de los subrogados, por definición no lo es (sino que se trata de una clase de pena) como tampoco la reclusión domiciliaria; significando entonces que se negó a partir de

una consideración errada no obstante él aspiraba a que una juez con función de ejecución de penas tuviera claro cuáles son las penas y cuáles los subrogados, de manera que cuando solicitó la prisión domiciliaria no pidió un subrogado, sino que se sustituyera el sitio donde continuaría purgando la pena mientras pasa la pandemia.

Prosigue su análisis indicando que no es cierto que en Justicia y Paz no se aplican los subrogados como dice el artículo 29, puesto que muchos postulados hoy gozan de libertad porque a través del artículo 18B se ha aplicado el artículo 63 del C.P.; por lo que al hacer el estudio de los requisitos del artículo 38B (los cuales, dice, la juez no realizó), se tiene por una parte que la condena que vigila el juzgado de ejecución de sentencias y a la que está vinculado su prohijado no es la ordinaria de 40 años sino la que oscila entre 5 a 8 años; por otra parte, que las excepciones que se plantean en cuanto a la clase de delito no tiene aplicación cuando se trata de enfermedad grave, pero además, por favorabilidad, debido al régimen procesal vigente para la época de la comisión de las conductas atribuidas a su representado; en cuanto a la prueba para demostrar el arraigo familiar las mismas fueron presentadas; y, se hará prestación de la caución según estime el juzgado. Pero, agrega, como se trataba de negar, es por lo que la juez recurrió a referirse a las normas del Decreto 546 de 2020 que en últimas no es aplicable bajo circunstancia alguna al postulado **HEBERT VELOZA GARCÍA** sino el artículo 38 o el artículo 68 de la Ley 599 de 2000.

Argumenta luego, juzgando como gran error conceptual del procurador judicial al pretender analizar la Sentencia C-163 de 2019 a partir del salvamento de voto a la misma, para indicar, contrario a lo que dice la providencia, que se requiere del concepto de medicina legal para establecer sobre la enfermedad grave; punto en el cual pasa a referirse a la decisión del 22 de abril de 2020 en la que el magistrado de control de garantías de justicia y paz de Barranquilla concedió "una domiciliaria" al postulado Ricardo Beltrán Luque, irrumpiendo luego en cuestionamientos tanto en lo que respecta a la visita virtual al centro penitenciario que realizó la titular del despacho judicial como a la posición jurídica del procurador durante su intervención, momento en el cual la juez le pide el favor de no hacer en sus alegaciones manifestaciones sobre la idoneidad de las personas que fungen como funcionarios públicos y le agradece que "ataque" pero que hay que actuar de manera respetuosa frente a las posturas de los demás sujetos procesales.

Retoma el defensor su exposición, resaltando acerca de las motivaciones del Gobierno Nacional al expedir el Decreto 546 de 2020 y hace un repaso de las estadísticas en aumento del contagio para luego aterrizar en el artículo 68 del código penal, señalando que la gravedad de la enfermedad de su prohijado debe examinarse dependiendo de las especiales circunstancias de la pandemia que lo ubican en el grupo poblacional de mayor riesgo de vulnerabilidad, por lo que considera, no hay que ver a su prohijado a punto de morir porque entonces ya no sería una medida de protección; instando entonces del Superior la revocatoria de la decisiones que negaron tanto la prisión domiciliaria como la reclusión domiciliaria, en el entendido de que entre ambas hay una relación de "especie a género" para que por cualquiera de las dos figuras se le brinde la protección que requiere su representado.

Concediéndose el uso de la palabra al **postulado HEBERT VELOZA GARCÍA** para sustentar el recurso, manifestó igualmente estar en desacuerdo puesto que su estado de salud en reclusión ha ido empeorando al punto que a finales de 2019 por un descuido de los médicos del INPEC estuvo hospitalizado.

Refuta la apreciación que se tiene del no hacinamiento en el patio donde está recluido y que por lo mismo no está en riesgo de adquirir el virus porque, como pudo verse con la visita virtual, el personal administrativo está expuesto cuando al terminar la jornada laboral salen a la calle, sin que además cuenten con los elementos necesarios de protección como también fue puesto en evidencia.

Refiere entonces su inconformidad tanto en la parte médica como en la del pedido que la juez hizo al fiscal, considerando que esto es por el prejuicio que tiene hacia él y su caso por lo cual le negó la libertad a prueba, explicando sobre las actuaciones que con su defensor realizan para entregarlas a la fiscalía con el objeto de que se lleven a imputación los hechos que él confesó ante las autoridades americanas.

Solicitó entonces se le protegiera su vida por las enfermedades que tiene y el alto riesgo de contagio porque diariamente sale para atender diligencias judiciales sin que el INPEC esté en capacidad de dar un manejo adecuado a la pandemia, instando la revocatoria de la decisión no sin ante recordar que en debida oportunidad se solicitó que él fuera remitido a Medicina Legal pero la juez negó por considerar que las pruebas aportadas certificaban que sí padece enfermedades graves.

4.1.2. Del delegado de la Fiscalía General de la Nación (Rec. 03:55:48).

Expresa su "desconsuelo" porque con la conminación de la juez se dibuja un dudoso panorama de su actuación después de 26 años de ejercicio como fiscal; haciendo un intervalo para indicar que el fiscal 18 debió ser citado a la audiencia para que también pudiera ejercer su derecho a la réplica de considerarlo; pasando luego a recordar casos connotados que como fiscal de derechos humanos y de justicia y paz ha enfrentado con éxito sometiéndose a los riesgos inherentes al cargo.

Indica, reiterando que lo hace de modo respetuoso, que la juez en ningún momento ha dicho cuál es ese acto por el cual se le conmina, así tenga que estar en desacuerdo con la defensa y el postulado cuando mencionan que lo que se dice es que deba proceder a radicar la exclusión del postulado, pues no es lo que la juez ha señalado y que, si así fuera, estaría por fuera de sus atribuciones porque se trataría de un acto exclusivo de la fiscalía si deba o no radicar solicitudes de exclusión como ha hecho en casos sensibles de alta peligrosidad sin que le haya temblado la mano.

Explica que si bien el fiscal y el defensor buscan las pruebas para demostrar que los hechos por los cuales fue condenado en los Estados Unidos no fueron más allá de cuando pertenecía al grupo paramilitar en calidad de comandante, la fiscalía a su cargo tampoco ha sido pasiva como quiera que en ese aspecto ha librado solicitudes a través de la Oficina de Asuntos Internacionales para que se envíe la audiencia en la cual se condenó a **VELOZA GARCÍA** para su obtención formal y no solamente por medio de la defensa, pero además porque como fiscal debe tener claridad probatoria para establecer qué actuación es la que debe adelantar.

Solicita así la revocatoria de la decisión expuesta en el numeral 4º puesto que se le ha conminado en abstracto para que cumpla con sus obligaciones constitucionales y legales las cuales conoce a la perfección.

4.2. De los traslados a no recurrentes.

El traslado frente a los recursos interpuestos se corrió por parte de la juez para todos, no obstante, los sujetos procesales que se hallaron conformes con la decisión del juzgado de primera instancia guardaron silencio con respecto a la impugnación de la fiscalía y sus argumentos.

4.2.1. Fiscalía General de la Nación (Rec. 04:00:49).

El fiscal 48 delegado ante tribunal, **doctor Andrés Roberto Echeverría Marulanda**, comienza recalcando que su presentación es como no recurrente para aclarar en primer término lo que escuchó en sentido contrario de uno de los intervinientes (sin señalar quién), pues, dice, la fiscalía “no está pidiendo nada” simplemente la posición fue la de no oponerse a la petición de la defensa; pasando a recordar que cuando se le dio uso de la palabra basó su intervención en los siguientes aspectos: (i) un análisis que hizo sobre la pandemia mundial y su connotación en materia penal por el hacinamiento en las cárceles del país; (ii) la tensión entre los artículos 2º y 6º del decreto 546 de 2020 y la procedencia de la aplicación del artículo 68 [del código penal] por razón del principio de complementariedad del artículo 62 de la Ley 975 de 2005, no siendo suficiente considerar la enfermedad grave y su no compatibilidad con la reclusión sino en tensión con las condiciones de la pandemia; (iv) el examen sobre la pertinencia de los artículos 314 y 461 [de la Ley 906 de 2004] bajo la óptica de la Sentencia C-318 de 2008; (v) lo insustancial, como criterio distinto al de la defensa, del informe médico legal pues de acuerdo con la Sentencia C-163 de 2019, además del concepto oficial es completamente viable el del galeno particular; y, en resumen, presentándose una tensión de derechos fundamentales para decidir si se debe mantener a una persona recluida por razón de sus delitos o si procede la medida con fundamento en su protección a la vida y su propia dignidad humana, lo cual corresponde definir a la segunda instancia.

4.2.2. Representación de víctimas (Rec.04:14:43 y 04:20:32).

La **doctora Lucila Torres de Arango** señaló que debía confirmarse la decisión porque la defensa no aportó prueba concluyente del requisito del artículo 68 del código penal como quiera que la valoración la hacen los médicos legistas especializados y su viabilidad dependerá del proceso de deterioro de la salud del interno; pero, por otra parte, si se debiera trasladar el análisis al decreto 546 de 2020 tampoco se cumplen los requisitos del artículo 2º en cuanto su patología no está en alto riesgo pero además porque de acuerdo con el artículo 6º el postulado no tendría derecho a la medida debido a que su condena y procesamiento se relaciona con delitos cometidos durante y con ocasión del conflicto.

Adicionalmente, porque cuando la Corte Interamericana de Derecho Humanos se pronuncia sobre los problemas de la excarcelación por la pandemia del Covid-19, a la vez que celebraba que se pudiera reemplazar la privación de la libertad por otras medidas para descongestionar las cárceles, también manifestó que de esos beneficios debían ser excluidos aquellos que incurrieron en delitos de extrema gravedad como es el caso, sabido por todos, de los que fueron cometidos el postulado.

A su turno la **doctora Claudia Guzmán Sánchez** indicó que lo primero por manifestar es que no es cierto lo anunciado por el defensor en cuanto que se estaba ante una decisión que “ya había sido tomada”, porque lo que observa es que la juez ha resguardado los derechos y garantías del postulado y su defensa, ajustando todas sus actuaciones a la equidad, rectitud, honestidad, moralidad y siempre ha estado presente el Ministerio Público verificando sobre el debido proceso, de manera que resultan infundadas las aseveraciones del defensor.

En punto al objeto central del traslado interpela por la confirmación de la decisión considerando que, si bien se acreditó que el postulado presenta una enfermedad crónica renal y padece hipertensión arterial, la gravedad a la que refiere el precepto *per se* no es suficiente para conceder el beneficio puesto que la característica que exige la norma no ha de entenderse con relación a la enfermedad en sí misma sino a las condiciones particulares del recluso y, en este caso las patologías están controladas sin que tampoco se evidencie un alto riesgo de contagio porque se están atendiendo los protocolos de prevención establecidos por las autoridades sanitarias; agregando finalmente, que la decisión del tribunal de justicia y paz de Barranquilla no es vinculante en aplicación de los principios de autonomía e independencia, ni constituye precedente sino una decisión inter partes.

4.2.3. Representación del Ministerio Público (Rec. 04:29:06).

El procurador judicial II en lo penal, **doctor Nelson Francisco Murillo Torres**, después de anunciar sobre fallas en la técnica argumentativa del recurso de apelación en cuanto se esbozan “farragosas y extensas argumentaciones” haciendo difícil la labor de poder extraer los problemas jurídicos que se llevan en alzada, considera sin embargo que son dos los aspectos centrales sobre los cuales se plantea el examen y es, por una parte, resolver si es viable la prisión domiciliaria como sustitutiva de la

prisión conforme al artículo 38 del código penal frente a la prohibición que se establece en el artículo 29 de la Ley de Justicia y Paz; y, por otra parte, si procede la reclusión domiciliaria por enfermedad muy grave de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 68 del código penal.

Sobre el primer cuestionamiento señala que la prisión domiciliaria es un subrogado penal y no una "clase de pena sustitutiva" como lo reiteró el defensor, por lo cual no es necesario verificar si se dan los requisitos del artículo 38B ni entrar en comparaciones con las disposiciones de la Ley 906 de 2004 porque se trata de un proceso especial, trayendo a cita el auto del 23 de mayo de 2012 de la Corte Suprema de Justicia (Radicado 38710) donde se expone acerca de la improcedencia de la libertad provisional para quien voluntariamente se ha acogido a los beneficios de la Ley 975 de 2005, criterio aplicable con el mismo alcance para el caso en discusión; y, en relación con el segundo aspecto, menciona que de acuerdo con la Sentencia C-163 de 2019 y el auto del 18 de septiembre de 2018 en el radicado 53601 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, se requiere de concepto médico legista especializado que indique la gravedad de la enfermedad y su incompatibilidad con la vida en reclusión, sin que la defensa hubiese allegado la prueba idónea para demostrar el requisito al que refiere el artículo 68 del código penal.

Por último, expuso que le asiste razón a la apoderada de víctimas que mencionó la imposibilidad de aplicación *ipso facto* de la decisión del magistrado de control de garantías de Barranquilla que de conformidad con el Decreto 546 de 2020 le concedió la prisión domiciliaria temporal a un postulado de 70 años de edad a quien no se le estaba brindado el tratamiento médico que venía requiriendo, como quiera que en realidad, los argumentos y presupuestos allí considerados no son los mismos que en la actualidad presenta **HEBERT VELOZA** sino por el contrario, como expuso la juez de instancia, se le ha realizado seguimiento irrestricto y controlado a través de medicamentos conforme aparece en la historia clínica.

Culmina su intervención solicitando a la segunda instancia confirmar con sus argumentos la decisión del *a quo* que negó la prisión domiciliaria ya sea con fundamento en el artículo 38 como la del artículo 68 del código penal al postulado **HEBERT VELOZA GARCÍA**.

V. DEFINICIÓN DE LA COMPETENCIA

En desarrollo de la disposición contenida en el artículo 32-3 de la Ley 975 de 2005 (Modificado por el artículo 28 de la Ley 1592 de 2012), la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura mediante Acuerdo PSAA14 10109 del 21 de febrero de 2014 conformó transitoriamente un juzgado con función de ejecución de sentencias de las salas de Justicia y paz del territorio nacional con sede en esta ciudad, creándolo de manera permanente por Acuerdo PSAA15-10402 del 29 de octubre de 2015.

Ante el vacío por omisión legislativa en la Ley 975 de 2005 y su reforma para establecer sobre el factor de competencia funcional respecto de las decisiones del juzgado de ejecución de sentencias de las salas de justicia y paz, se acude por virtud del principio de complementariedad del artículo 62 *Ibidem* y el artículo 2.2.5.1.1.6 del Decreto 1069 de 2015, al artículo 478 de la Ley 906 de 2004 en el que se indica que *"Las decisiones que adopte el juzgado de ejecución de penas y medidas de seguridad en relación con mecanismos sustitutos de la pena privativa de la libertad y la rehabilitación, son apelables ante el juez que profirió la condena en primera o única instancia"* y, al artículo 34 numeral 6 de la misma codificación en el cual se señala que los tribunales superiores de distrito judicial conocen del *"recurso de apelación interpuesto contra la decisión del juez de ejecución de penas"*.

En el asunto *sub examine*, esta Sala de decisión con funciones de conocimiento por quienes entonces la conformaban, profirió bajo el radicado de la referencia sentencia de condena contra el postulado **HEBERT VELOZA GARCÍA** mediante proveído del 30 de octubre de 2013, cobrando ejecutoria el 20 de noviembre de 2014 con la decisión en segunda instancia de la Corte Suprema de Justicia SP15924-2014 (radicación 42799) aumentada la pena a 96 meses de prisión por los delitos de concierto para delinquir agravado, utilización ilegal de uniformes e insignias, homicidio en persona protegida consumado y en grado de tentativa, reclutamiento ilícito de menores, secuestro simple, desaparición forzada, tortura en persona protegida, hurto calificado y agravado, actos de terrorismo y actos de barbarie.

En consecuencia, es competente esta Sala para conocer del recurso de apelación contra la providencia del 12 de junio proferida por el juzgado penal del circuito con función de ejecución de sentencias para las salas de justicia y paz del territorio nacional.

VI. CONSIDERACIONES

A. Del recurso de apelación interpuesto por la defensa.

6.1. Problemas jurídicos y ejes temáticos de solución.

Se trata de establecer si se confirman o se revocan ambas o una cualquiera de las decisiones adoptadas por la juez *a quo* en su proveído impugnado, para lo cual se precisa anotar que fueron varios los puntos propuestos tanto por recurrentes como por no recurrentes, correspondiendo a la Sala en su deber de motivar sus decisiones y sin faltar al principio de limitación, responder los planteamientos que en curso del trámite de los recursos fueron puestos a consideración.

Lo primero por contextualizar es que le asiste razón al defensor cuando enfatiza que al momento de concretar la realización de la audiencia pública ante el juzgado de primera instancia enmarcó su solicitud por vía de la aplicación de los artículos 38 y/o 68 del código penal no así del decreto legislativo 546 de 2020, aun cuando para el otorgamiento de cualquiera de los institutos jurídicos refiriera a la pandemia por causa del Coronavirus Covid-19 como factor de alto riesgo para la salud de su poderdante debido a las patologías que padece.

En consecuencia, la Sala considera centrarse en la petición del postulado y su defensa en cuanto a establecer si son aplicables los institutos jurídicos de la *prisión domiciliaria* y/o de la *reclusión domiciliaria por enfermedad muy grave* de los artículos 38 y 68 del código penal a personas postuladas a la Ley de Justicia y Paz; después, con el objeto de abarcar los demás aspectos controversiales que se ofrecieron en curso del debate se examinará bajo qué supuestos resulta pertinente evaluar sobre el otorgamiento de los mecanismos jurídicos de los artículos 38 y 68 del código sustantivo de penas no obstante la prohibición que contempla el parágrafo del artículo 29 de la Ley 975 de 2005; y, su procedencia o no al caso concreto.

Como solución a cada uno de los problemas, se abordará el estudio bajo los siguientes ejes temáticos: (i) la *lex tertia*; (ii) los institutos jurídicos de la *prisión domiciliaria* y de la *reclusión domiciliaria por enfermedad muy grave* frente a la prohibición legal que contempla el artículo 29 de la Ley 975 de 2005 y (iii) la inaplicación

de la excepción de inconstitucionalidad frente a las excepciones que se reconocen en el decreto 546 de 2020.

6.2. La *lex tertia* y su prohibición en el ordenamiento jurídico.

6.2.1. Los argumentos muchas veces ambiguos y contradictorios del abogado de la defensa a la hora de sustentar el recurso, dificultan conocer si hay claridad en la estructura jurídica de sus propuestas y definir con meridiana exactitud a qué temática se refiere en concreto cuando formula sus planteamientos; por lo que, en casos así, se aconseja mediante el método de valoración *ex ante* (que significa “antes de”), identificar el argumento base o de origen que dio forma y sustento al trámite y decisión cuya impugnación hoy nos convoca.

6.2.2. Se encuentra así, que el memorial radicado por el defensor en el mes de junio pasado para que se llevara a cabo la audiencia virtual, encaminando la sustentación de su solicitud por los preceptos de los artículos 38 y 68 del código penal – en una especie de mezcla conceptual que pasos más adelante justifica en que la una es el “género” y la otra la “especie” – bajo los cánones de las normas permanentes porque, en su criterio, la circunstancia de que por razón de las excepciones que contempla el decreto legislativo 546 de 2020 sea improcedente el otorgamiento de la “*prisión domiciliaria transitoria*”, ello no implica que se cierre la posibilidad para que los postulados a la ley de justicia y paz que son de esa población de alto riesgo, puedan activar mecanismos jurídicos diferentes de protección en la situación que se vive por motivo de la pandemia actual.

En este punto, es del caso señalar, que dicha argumentación surge ante la negativa del juzgado de primera instancia en acceder a oficiar a Medicina Legal (sobre lo cual volveremos más adelante) para que a su prohijado se le realizara un examen médico dentro del establecimiento carcelario y que se oficiara asimismo a la directora de dicho centro penitenciario para algunas consultas similares. Situación que bajo los mismos supuestos fácticos y de contexto en cuanto a **HEBERT VELOZA GARCÍA** se refiere, por padecer dos de las afectaciones médicas que lo exponen como persona con alta probabilidad de adquirir el contagio por Covid-19, resultaba procedente demandar la medida domiciliaria (prisión o reclusión) a través de los mecanismos jurídicos que se contemplan en los artículos 38 y 68 del código penal y no por la vía del decreto legislativo 546 de 2020 debido a las exclusiones que el propio legislador extraordinario contempló

en la expresión final consignada en el inciso del artículo 6º de la citada norma y que cobijan la situación de su mandante.

Explicado lo anterior, fue así como la defensa técnica del postulado fundamentó su petición alegando los principios de favorabilidad y ultractividad de la ley penal para referir en bosquejo que el requisito segundo del artículo 38B del código penal¹ el cual remite a un listado de delitos no debe ser tenido en cuenta debido a que los que le fueron atribuidos a su defendido se cometieron antes del 25 de noviembre de 2004 bajo la vigencia de la ley 600 y la ley 599 de 2000, sin que para esa época estuviera vigente el artículo 68A en cuanto fue adicionado [por medio de la Ley 1142 expedida] en el año 2007, motivo por el cual según su criterio considera que a **VELOZA GARCÍA** no se le debe tener en cuenta la gravedad de los delitos enlistados en el artículo 68A.

Configura así, un planteamiento que alude al fenómeno de la *lex tertia*, como viene de exponerse y decantarse suficientemente y desde antaño por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en jurisprudencia reiterada, para lo cual veamos los siguientes apartes:

«En torno a la temática planteada por el libelista en cuanto a la viabilidad de integrar al texto normativo las reformas que sucedieron al artículo 68 A antes del actual artículo 29 de la Ley 1709 de 2014, porque a su juicio contienen elementos benéficos para otorgar a su prohijado la prisión domiciliaria, cabe indicar que ello ya ha sido ampliamente tratado por la jurisprudencia de la Corte arribando a la conclusión de que adoptar una postura semejante entraña la creación de una inadecuada lex tertia. De esa forma se plasmó recientemente en CSJ. SP, ago. 5 de 2015, rad. 45584, donde se señaló respecto a idéntica petición del defensor:

'En plena desatención a estos derroteros, el censor incursiona en un análisis subjetivo de las normas que regulan los institutos de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y de la prisión domiciliaria y, bajo el argumento del tránsito de leyes que se presentó entre la fecha de los hechos y la emisión de los fallos de instancia, así como la necesidad de dar aplicación a los artículos que favorecen la situación jurídica de su defendido, termina por invocar la aplicación de una lex tertia, o combinación de preceptos, propuesta que, razonadamente, no tuvo acogida en sede de apelación por parte del Tribunal.

¹ Art. 38B.- Adicionado Ley 1709/2014, art. 23. Requisitos para conceder la prisión domiciliaria. Son requisitos para conceder la prisión domiciliaria:

(...)

2. Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2º del artículo 68A de la Ley 599 de 2000.

(...)"

Al respecto, forzoso es recordar que la jurisprudencia de la Corte ha sido consistente en precisar que, ante una sucesión de leyes, la atención al principio de favorabilidad comporta para el juzgador la atención integral de la previsión más benéfica a los intereses del procesado, sin que pueda fraccionar las disposiciones en tránsito y tomar, de cada una, la parte que solo ofrece ventajas, porque sería tanto como hacer valer una norma inexistente en el ordenamiento jurídico e invadir la propia esfera del legislador.

En punto de la reforma introducida por la Ley 1709 de 2014, a los artículos 63 y 68A del Código Penal, se ha dejado establecido, de manera consistente, que "tomar factores favorables de una y otra normatividades, para así construir el beneficio o subrogado, no solo implica una suplantación ilegal del legislador, sino que finalmente la combinación normativa desnaturaliza por completo la figura del beneficio, desdice de su finalidad y, no por último menos importante, termina por violentar el principio de igualdad"(CSJ SP, 12 mar. 2014, rad. 42623).

Basten los anteriores argumentos, también plasmados, entre otros, en CSJ. AP, abr. 29 de 2015, rad. 45481 y rad. 43963; SP, abr. 28 de 2015, rad. 36784; AP, mar. 11 de 2015, rad. 42895; SP, abr. 4 de 2014, rad. 41942 y AP, abr. 30 de 2014, rad. 43256, para despachar desfavorablemente las pretensiones del libelista contenidas en esta censura.»² (Resaltados en el original).

Nótese entonces, que lo que propone la defensa es la conformación de una *lex tertia* o tercera ley – “mecanismo de combinación de leyes” – con lo favorable del decreto legislativo (causales) y hacer un compuesto normativo (de requisitos) para buscar de esa forma la concesión a favor de su representado, de la *prisión domiciliaria sustitutiva de la pena de prisión y/o de la reclusión domiciliaria por enfermedad muy grave* de acuerdo con la regulación normativa de los códigos adjetivo y sustantivo de penas, cuya aplicación además pretende por vía intermedia de la complementariedad y no según las reglas propias del proceso especial de justicia y paz.

Desde este punto de vista, en consecuencia, deviene improcedente la revocatoria de la decisión de primera instancia, como quiera que la *lex tertia* está proscrita de nuestro ordenamiento jurídico.

6.3. La “prisión domiciliaria” y la “reclusión domiciliaria por enfermedad muy grave” frente a la prohibición de concurrencia de beneficios y subrogados por medio del artículo 29 de la Ley 975 de 2005.

² CSJ SP16558-2015 (Rad. 44840), Casación dic. 2 de 2015, M.P. Dr. José Luis Barceló Camacho.

6.3.1. Con la finalidad de continuar en la revisión de los aspectos expuestos en curso de la sustentación de los recursos, considerando tanto los argumentos de disenso como los de contradicción a la postura de la defensa, es primordial examinar si a la luz de la normatividad jurídico penal y la jurisprudencia vigente procedería revocar la decisión del *a quo* y en su lugar disponer sobre la concesión de alguno de los mecanismos sustitutivos de la pena denegados en primera instancia.

En principio, como se anotó por la primera instancia, el párrafo del artículo 29 de la ley 975 de 2005 señala que "***En ningún caso se aplicarán subrogados penales, beneficios adicionales o rebajas complementarias a la pena alternativa***"; por ende, tuvo el legislador ordinario por suficiente consideración el beneficio alternativo de la pena entre los límites de 5 años mínimo y 8 años máximo para quienes voluntariamente se acogieran al proceso especial de Justicia y Paz, prohibiendo expresamente que pudieran concurrir otros mecanismos jurídicos³, por hoy, ya de por sí ampliados con la reforma por medio de la Ley 1592 de 2012.

No obstante, en cuanto el artículo 62 de la misma Ley 975 de 2005 recoge el principio de complementariedad (también conocido como de remisión normativa), sigue explorar acerca de la procedencia o no de los institutos propuestos por la defensa.

6.3.2. Respecto de la *prisión domiciliaria sustitutiva de la pena de prisión* de que trata el artículo 38 del código penal, *ipso jure* se descarta su reconocimiento en sede de Justicia y Paz si con ella se quisiera privilegiar el cumplimiento de la pena alternativa de noventa y seis (96) meses de prisión que el postulado debiera seguir cumpliendo en privación física de la libertad en centro carcelario en lugar de la de 480 meses tasada en la misma sentencia como pena ordinaria; esta última en relación con la cual correspondería efectuar el análisis de los requisitos concurrentes para su concesión (artículo 38B), sin embargo, agotándose el estudio en el primero de ellos por lo que avanzar en su estudio resulta inocuo.

³ Para mayor comprensión, véase en: Corte Suprema de Justicia - Sala Penal, auto del 24 de junio de 2010 (rad. 34170); auto del 23 de marzo de 2011 (rad. 36051); auto del 15 de marzo de 2012 (rad. 38105); auto del 23 de mayo de 2012 (radicado 38710), entre otros donde se reiteran.

6.4.3. Cosa distinta el análisis del que sí puede ocuparse la Sala y es en relación con el instituto jurídico de la *reclusión domiciliaria por enfermedad muy grave* de que trata el artículo 68 del código penal⁴, según las razones que ha explicado la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos:

“Ahora bien, en lo que toca con la materia estricta de debate, la Sala debe partir por advertir que lo consagrado en el numeral 4° del artículo 314 de la Ley 906 de 2004, obedece a una exigencia si se quiere natural de un Estado de derecho que respete la dignidad de las personas, pues, repugna a cualquier mínimo de humanidad sostener que alguien, por grave que sea su delito o condenable su conducta, pueda ser recluso en un establecimiento carcelario cuando ello es incompatible con su vida o salud.

Sobra señalar que los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por Colombia expresamente diseñan normas que obligan respetar la dignidad humana aún en los casos de personas vinculadas a procesos penales u objeto de reclusión carcelaria.

Para mencionar apenas las más cercanas, los artículos 5, numeral 2°, y 10, numeral 1°, de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, respectivamente, consagran pilar insustituible del tratamiento a quienes soportan un proceso penal, el del respeto por su dignidad.

(...)

Pero, además, el artículo 11 estatuye como inviolable el derecho a la vida, y el 12 advierte que “nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”.

De esta manera, si con las pruebas legalmente establecidas se verifica inconcusamente que la persona no solo padece grave enfermedad, sino que ella es incompatible con la reclusión, no existe ninguna posibilidad de soslayar la sustitución de la medida de

⁴ **ARTICULO 68. RECLUSION 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.

aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, simplemente porque de negarse ella se incurre no sólo en atentado ostensible contra el principio de dignidad humana, sino que se pone en peligro la vida del recluso y, finalmente, se le somete a un trato cruel, inhumano y degradante.”⁵ (Subrayas fuera de texto).

En consecuencia, de conformidad con el artículo 68 del código penal, si el postulado o cualquier condenado privado de la libertad es diagnosticado por enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión formal, por principio mínimo de humanidad e independientemente de la gravedad de las conductas en las que se halla incurso, tiene el derecho a que se le sustituya la pena de prisión para que se cumpla en su residencia o en un centro hospitalario según sea evaluado por el juez.

La competencia, en estos casos, como en ello acertó el defensor, deriva del artículo 461 de la Ley 906 de 2004 aplicable en virtud del principio de complementariedad (artículo 62 de la Ley 975 de 2005), norma que confiere al juez de ejecución de sentencias la facultad para decidir sobre cualquiera de los mecanismos sustitutivos de la ejecución de la pena entre cuyas hipótesis se contemplan las “*relacionadas con la edad, la enfermedad grave, la gravidez y el estatus de 'madre cabeza de familia, todo ello surgido con posterioridad a la ejecutoria del fallo*”⁶.

Efectuadas las anteriores precisiones, corresponde ahora concretar si de acuerdo con los elementos probatorios que aportó la defensa se satisfacen o no respecto del postulado **HEBERT VELOZA GARCÍA**, las exigencias normativas del artículo 68 del código penal para considerar sobre la concesión de la reclusión domiciliaria: enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión formal; al respecto de lo cual la Jurisprudencia ha enseñado que:

“Del tenor de la norma transcrita [artículo 68 del código penal] se establece que no es cualquier enfermedad o estado de salud graves, los que habilitan al juez de ejecución de penas a autorizar que la sanción privativa de la libertad se cumpla en la residencia del condenado o en un centro hospitalario, pues, además, el padecimiento médico debe ser

⁵ CSJ Rad. 41.201, Segunda Instancia Justicia y Paz, auto del 15 de mayo de 2013; también véase en CSJ Rad. 41489, auto del 10 de julio de 2013 M.P. Dr. José Luis Barceló Camacho. Ambas, reiteradas en CSJ AP5219-2019 (rad. 55404), auto del 4 de diciembre de 2019.

⁶ CSJ Sala Penal, rad. 25724, Sent. 19/10/2006, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón; y véase también en CSJ SP914-2016 (rad. 45905), Sent. 03/02/2016, entre otras.

compatible con la vida en reclusión, sin dejar de lado, claro está, que tales situaciones deben ser valoradas por un médico legista especializado.”⁷

En otro pronunciamiento del alto Tribunal de Casación Penal se indicó:

“Por consiguiente, tratándose de esta modalidad de sustitución de la detención preventiva, que por regla general se ha de cumplir en establecimiento carcelario, es necesario constatar de manera previa mediante concepto experto emitido por ‘médicos oficiales’⁸, que la persona sobre quien recae la orden de privación de la libertad se encuentra en un estado grave de salud por enfermedad y que dicho estado es incompatible con la vida en internación carcelaria.

(...)

El precedente recuento de la valoración forense ... deja en claro que ..., como ha explicado la Sala, no cualquier clase de condición médica o patología da lugar a la suspensión de la detención preventiva, sino aquella que, dada su gravedad, requiere una especial clase de tratamiento que resulta incompatible con la vida en reclusión”⁹¹⁰

Y por la Corte Constitucional, en los considerandos de la Sentencia C-163 de 2019 donde se estableció sobre la exequibilidad condicionada del artículo 314.4 de la Ley 906 de 2004, en el entendido que “además del dictamen de médicos oficiales, también se pueden presentar dictámenes de peritos particulares”, igualmente se señaló:

“19. Ahora bien, la 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 requeridos¹¹. 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,

⁷ CSJ AP4024-2018 (rad. 53601), sept. 18 de 2018, M.P. Dra. Patricia Salazar Cuéllar.

⁸ “Sentencia C-163 de 2019, la Corte Constitucional declaró condicionalmente exequible el numeral 4. Del artículo 314 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que también se pueden presentar peritaje de médicos particulares”.

⁹ “Ver, por ejemplo, CSJ AP, 8 oct 2014, rad. 35346.”

¹⁰ CSJ AP5219-2019 (rad. 55404), 14 dic. 2019, M.P. Dr. Eugenio Fernández Carlier.

¹¹ 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.

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.

Los pronunciamientos anteriores, si bien se enmarcan en aplicación del artículo 314.4 del código de procedimiento penal, son igualmente relevantes para los efectos que interesan al presente estudio dada su equivalencia con el precepto contenido en el inciso segundo del artículo 68 del código penal.

En el caso *sub examine*, de acuerdo con la Historia clínica y el resumen en la USPEC del CPAMS La Paz de Itagüí donde se encuentra recluso el postulado, no se indica que **HEBERT VELOZA GARCÍA** padezca de "insuficiencia renal crónica" catalogada como "ruinosa o catastrófica" con el VIH/SIDA y el Cáncer por la ley 972 de 2005 y enlistada entre otras como de alto riesgo en condiciones de la pandemia actual por el literal c) del artículo 2º del decreto legislativo 546 de 2020; refiriendo solamente a una hipertensión arterial de la que ha presentado "*mejoría frente al manejo de losartan y dieta, sin síntomas de importancia*" y adecuado manejo del medicamento "*teniendo en cuenta que es paciente monorenal*" (con historia de riñón único luego de nefrectomía derecha en el año 1995 por herida de arma de fuego), pero además, las pruebas de función renal como se puede apreciar al contrastar los resultados se ven ligeramente por encima de los límites normales.

Se suma a lo anterior, la información que también se obtiene de la historia clínica y resumen de la historia clínica en el centro penitenciario complementada con la que brindó el Coordinador de Sanidad de la USPEC, evidenciando que el señor **HEBERT VELOZA GARCÍA** ha tenido seguimiento mediante manejo farmacológico, realización de exámenes médicos y de laboratorio, dieta, control de cifras tensionales para adecuado suministro de medicamentos, y una atención especial de seguimiento y control en época de la pandemia actual por motivo de la condición médica del postulado, incluido su caso en la "*matriz de crónicos ... para la realización de seguimiento de las patologías de los PPL crónicos*"; cuya información es enviada mensualmente a la Dirección General del INPEC.

Por consiguiente, el presupuesto normativo del artículo 68 para hallar procedente el otorgamiento de la reclusión domiciliaria sin tomar en consideración las conductas por

las que fue condenado y descuenta pena en sede de Justicia y Paz, consistente en el padecimiento de una "enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión formal", no se cumple en el presente asunto.

Entonces carece de objeto entrar a evaluar sobre los reproches de la defensa con respecto a la negativa de la juez de primera instancia de oficiar a medicina legal, asunto que tampoco fue reiterado con motivo del trámite al radicarse la solicitud formal, además de las razones otrora expuestas en estas consideraciones (Supra 6.3.3. y 6.3.4.). Adicionalmente, sin que al análisis se pueda oponer "opinión" de quien en la antefirma suscribe como ANDRÉS CÓRDOBA SÁNCHEZ, Médico Internista con RM 5214205, en cuanto no se acompañó elemento de juicio para verificación del requisito de originalidad de procedencia y firma.

6.4. Inaplicación de la excepción de inconstitucionalidad de las excepciones que se contemplan en el D.L. 546 de 2020.

6.4.1. En atención a la argumentación desarrollada por la defensa técnica del postulado en curso de la sustentación del recurso interpuesto, señalando que de otorgarse alguna de las medidas de restricción domiciliaria en lugar de la intramural en centro carcelario, habría de ser por el tiempo de superación de la pandemia, es decir, **transitoria**, característica propia de los mecanismos jurídicos que se adoptan por medio del referido decreto legislativo 546 de 2020; la Sala de Conocimiento estima pertinente realizar algunas consideraciones sobre este aspecto.

Lo anterior, más todavía cuando el fiscal 48 delegado ante el tribunal de justicia y paz con sede en Medellín, sin perjuicio de aclarar que su posición era como no recurrente, sin embargo fue enfático en su intervención al señalar que en su criterio, existe una tensión de derechos fundamentales que la segunda instancia debe resolver, y es si debe mantenerse la reclusión por razón de los delitos cometidos u otras circunstancias o si procede la medida deprecada con fundamento en la protección de la vida y la dignidad humana de la persona incautada.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, sin embargo, tiene definido que la única manera para no aplicar las reglas de exclusión que trae el decreto 546 de 2020 es mediante la excepción de inconstitucionalidad (artículo 4º de la C.P.)

mientras la Corte Constitucional decide definitivamente sobre su constitucionalidad, empero, oponiéndose a la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, al dejar sentado que:

“(…), la Sala no encuentra que haya una manifiesta incompatibilidad entre el artículo 6º del Decreto 546 de 2020 y la Constitución Política. El régimen de exclusiones que allí se consagra no se muestra arbitrario, caprichoso o violatorio de alguna garantía fundamental, sino que al contrario es una norma de carácter general que se aviene con precisas razones de Política Criminal que persigue armonizar las necesidades sanitarias que impone la pandemia del Covid 19 en materia carcelaria con las garantías de seguridad, confianza ciudadana, vida y orden económico y social. En tal consideración, al no advertirse que las cláusulas de esa norma contradigan manifiestamente normas constitucionales, la sala (...) se abstiene de oponer a su aplicabilidad la excepción de inconstitucionalidad”¹².

Y es que, si bien se repara, la expedición del citado decreto legislativo tiene por objeto adoptar medidas para enfrentar el hacinamiento carcelario y de esta manera prevenir y mitigar el riesgo de propagación de contagio por causa el Covid-19, y fue expedido atendiendo las recomendaciones¹³ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en su comunicado de prensa de 31 de marzo de 2020 que instó a los Estados a reducir la sobrepoblación en los centros de detención como medida de contención de la pandemia y a reevaluar de los casos de prisión domiciliaria aquellos que pudieran ser sustituidos por medidas alternativas, con vistas a adecuar las condiciones de privación de la libertad particularmente para impedir el contagio intramuros.

Recomendaciones y medidas de excepción que de ninguna manera implican la estaticidad o paralización del Sistema Penitenciario y Carcelario, pues en ese orden de ideas todas las personas privadas de la libertad (PPL) en centros de detención y penitenciarios vigilados por el INPEC tendrían el mismo derecho en igualdad de condiciones de cumplir en sus casas de habitación la detención preventiva o la pena de

¹² CSJ AP1073-2020 (rad. 51938), jun. 3 de 2020, M.P. Dr. Hugo Quintero Bernate; también en CSJ AP1248-2020 (rad. 57423) y Rad. 794, ambos del 1º de julio de 2020 con Ponencia del Magistrado Dr. Luis Antonio Hernández Barbosa.

¹³ Recomendaciones que en todo caso no son vinculantes en cuanto en nuestro Ordenamiento Jurídico no existe una acción específica que permita su materialización, sin perjuicio de que por vía de tutela muchas veces se profieran órdenes en cierta medida tendientes a la satisfacción de las recomendaciones emitidas por los organismos internacionales; (véase en Corte Constitucional, Sentencia SU-378-2014)

prisión, como quiera que no es solamente la población carcelaria sino la población mundial la que está en potencial riesgo de adquirir el SARS-CoV-2.

De otra arista, nótese que el legislador extraordinario tuvo especial cuidado de no de dejar expósita e inerme a las PPL con alta probabilidad de contraer el virus y que por razón de sus conductas y demás circunstancias excluyentes no podrían ser beneficiarias de los mecanismos transitorios de la prisión y la detención domiciliaria, pues estableció en el Parágrafo 5º del artículo 6º que:

“En relación con las personas que se encontraren en cualquiera de los casos previstos en los literales a, b, c, y d del artículo segundo del presente Decreto Legislativo, que no sean beneficiarias de la prisión o de la detención domiciliaria transitorias por encontrarse inmersas en las exclusiones de que trata este artículo, se deberán adoptar las medidas necesarias por parte del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), para ubicarlas en un lugar especial que minimice el eventual riesgo de contagio”. (subrayas no incluidas).

Medidas que están a cargo del Sistema Nacional Penitenciario y Carcelario conformado por el Ministerio de Justicia y del Derecho, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec), la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (Uspec), el Ministerio de Salud y Protección Social y “por las demás entidades públicas que ejerzan funciones relacionadas con el sistema”¹⁴, las cuales se integran con las medidas ordinarias establecidas en los artículos 10A, 65, 67, 75, 79, 104, 105 y 106 de la Ley 65 de 1993 (Modificados por la Ley 1709 de 2014) entre otras normas concordantes, tendientes a garantizar el cumplimiento de los derechos y garantías de los internos o reclusos de los distintos centros penitenciarios del orden nacional, en especial de sus derechos fundamentales a la salud integral y con perspectiva de género, así como al mejoramiento de sus condiciones para una vida digna; incluidas las disposiciones especiales que rigen con ocasión del Estado de Emergencia Penitenciaria y Carcelaria declarada por Resolución 1144 de 2020, prorrogables previo informe al Consejo Directivo del INPEC en el evento en que las causas que motivaron la declaratoria persistan al cabo de un año.

¹⁴ Artículo 15 de la Ley 65 de 1993 (Modificado por el artículo 7º de la Ley 1709 de 2014).

6.4.2. De manera concreta, a esas medidas de excepción y en estado de normalidad se suma favorable a la situación de los postulados a la Ley de Justicia y Paz, el enfoque diferenciado que se establece en el artículo 3A inciso segundo de la Ley 65 de 1993 (Adicionado por el artículo 2º de la Ley 1709 de 2014), en los siguientes términos:

Artículo 3A. Enfoque diferencial. El principio de enfoque diferencial reconoce que hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, religión, identidad de género, orientación sexual, raza, etnia, situación de discapacidad y cualquier otra. Por tal razón, las medidas penitenciarias contenidas en la presente ley, contarán con dicho enfoque.

El Gobierno Nacional establecerá especiales condiciones de reclusión para los procesados y condenados que hayan sido postulados por este para ser beneficiarios de la pena alternativa establecida por la Ley 975 de 2005 o que se hayan desmovilizado como consecuencia de un proceso de paz con el Gobierno Nacional.”

Condiciones especiales de reclusión que se cumplen en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Mediana Seguridad La Paz de Itagüi como quedó develado en el acta de visita virtual que realizaron Juez y Procurador, verificando que (i) están reclusas 64 personas postuladas a la Ley 975 de 2005 de las cuales 54 están en el pabellón 7 y 10 en el pabellón 3, último en el que está **HEBERT VELOZA GARCÍA** (como contó en su recurso); (ii) no hay hacinamiento, incluso cada uno tiene su celda independiente, y no se comparte con internos de la justicia ordinaria; (iii) de esos 64 postulados solamente cuatro de ellos incluido el aquí postulado, tienen seguimiento por hipertensión arterial y cuentan con la debida atención y suministro de medicamentos; (iv) ningún otro de los postulados presenta patologías especiales y nadie sobrepasa la edad de 60 años; (v) en cuanto a la alimentación el centro penitenciario suministra los alimentos ocupándose ellos mismos de la preparación; (vi) para la fecha de la visita no se registraba ningún caso de contagio en los pabellones asignados especialmente para postulados a Justicia y Paz y tampoco se conoce de ninguno a la fecha.

Por consiguiente, ni hay lugar a aplicar la excepción de inconstitucionalidad de la regla de exclusión bajo examen ni encuentra la Sala que en el caso concreto del postulado **HEBERT VELOZA GARCÍA** se presente una tensión de derechos porque ninguno se le está desconociendo, sin perjuicio sí, como única recomendación que se hará al director del CPAMS La Paz de Itagüi para que en el ámbito de sus competencias

gestione lo pertinente en procura, a la mayor brevedad posible, de la adecuación de salas e instalación de los equipos tecnológicos en lugar adyacente entre los pabellones donde están especialmente reclusos los postulados a la Ley 975 de 2005, a fin de garantizar de mejor forma las medidas de aislamiento y minimizar el riesgo de contagio al contacto con personal externo durante el paso de circulación a las oficinas dispuestas para la realización de las audiencias y diligencias virtuales en sede de Justicia y Paz.

Por todos lo expuesto, la decisión será integralmente confirmada.

B. RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR EL DEGADO DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

Se declarará la improcedencia del recurso de alzada que el delegado de la fiscalía interpuso contra el Resuelve 4º de la providencia, pues refulge evidente que no se trata de un asunto de fondo ligado al núcleo esencial del objeto del trámite y la decisión y, por ende, de los elementos de "esencialidad y trascendentalidad" para que proceda la doble instancia, como viene de ilustrarse por la Corte Suprema de Justicia en el auto AP2379-2014 (rad. 43442), M.P. Dr. Fernando Alberto Castro Caballero.

C. OTRA DETERMINACIÓN.

Finalmente, mal haría la Sala en callar o pasar por inadvertida la intervención que tuvo que hacer la juez de primera instancia (Rec. 03:28:00) solicitando al defensor del postulado, doctor FERNANDO HUMBERTO VILLOTA GRAJALES, de componer en términos respetuosos sus alegaciones durante la sustentación del recurso, aspecto sobre el cual también se ocupó una de las profesionales que acudió en representación de víctimas (Rec. 04:20:32); motivo por el cual, sin perjuicio de los poderes disciplinarios que tiene el juez en primera instancia, se precisa recordar al apoderado de la defensa sobre el deber de los abogados de ser respetuosos en todas sus actuaciones de manera que, comportamientos que desconozcan ese mandato podrían implicar compulsas de copias disciplinarias ante las autoridades competentes.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

RESUELVE

PRIMERO: Confirmar la providencia emitida el 12 de junio de 2020 por el juzgado penal del circuito con función de ejecución de sentencias para las salas de justicia y paz del territorio nacional, en cuanto en los artículos primero y segundo de la parte resolutive negó al postulado **HEBERT VELOZA GARCÍA**, la concesión de la prisión domiciliaria por una parte y por otra parte de la reclusión domiciliaria por enfermedad muy grave de que tratan los artículos 38 y 68 del Código Penal, respectivamente; de acuerdo con los motivos expuestos en la parte considerativa.

SEGUNDO: Declarar improcedente el recurso de apelación interpuesto por el fiscal 48 delegado ante tribunal adscrito a la Dirección Especializada de Justicia Transicional de la Fiscalía General de la Nación, contra el resuelve cuarto del auto del 12 de junio de 2020 proferido en primera instancia; según las razones indicadas en el acápite pertinente de los considerandos.

TERCERO: Oficiar a la Dirección del Centro Penitenciario de Alta y Mediana Seguridad (CPAMS) La Paz de Itagüí para los fines mencionados en el párrafo *in fine* del sub-numeral 6.4.2.

CUARTO: Contra esta determinación no procede recurso alguno.

QUINTO: Para efectos de las notificaciones y lectura de la decisión, la Secretaría atenderá las reglas generales y las especiales que sean pertinentes de acuerdo con las disposiciones del decreto legislativo 806 de 2020.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

(ORIGINAL FIRMADO)
OSHER HADITH HERNÁNDEZ ROA

(ORIGINAL FIRMADO)
ULDI TERESA JIMÉNEZ LÓPEZ

(ORIGINAL FIRMADO)
ÁLVARO FERNANDO MONCAYO GUZMÁN

RESUELVE

PRIMERO: Confirmar la providencia emitida el 12 de junio de 2020 por el juzgado penal del circuito con función de ejecución de sentencias para las salas de justicia y paz del territorio nacional, en cuanto en los artículos primero y segundo de la parte resolutoria negó al postulado **HEBERT VELOZA GARCÍA**, la concesión de la prisión domiciliaria por una parte y por otra parte de la reclusión domiciliaria por enfermedad muy grave de que tratan los artículos 38 y 68 del Código Penal, respectivamente; de acuerdo con los motivos expuestos en la parte considerativa.

SEGUNDO: Declarar improcedente el recurso de apelación interpuesto por el fiscal 48 delegado ante tribunal adscrito a la Dirección Especializada de Justicia Transicional de la Fiscalía General de la Nación, contra el resuelve cuarto del auto del 12 de junio de 2020 proferido en primera instancia; según las razones indicadas en el acápite pertinente de los considerandos.

TERCERO: Oficiar a la Dirección del Centro Penitenciario de Alta y Mediana Seguridad (CPAMS) La Paz de Itagüi para los fines mencionados en el párrafo *in fine* del sub-numeral 6.4.2.


CUARTO: Contra esta determinación no procede recurso alguno.

QUINTO: Para efectos de las notificaciones y lectura de la decisión, la Secretaría atenderá las reglas generales y las especiales que sean pertinentes de acuerdo con las disposiciones del decreto legislativo 806 de 2020.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE


OHER HADITH HERNÁNDEZ ROA


ULDI TERESA JIMÉNEZ LÓPEZ


ÁLVARO FERNANDO MONCAYO GUZMÁN