



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellin

SALA PENAL

Radicado: 05-001-60-00206-2021-18105
Procesado: Edwin Hernán Gutiérrez Valencia
Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de
armas de fuego, accesorios, partes o
municiones
Asunto: Apelación de sentencia condenatoria
con preacuerdo
M. Ponente: Miguel Humberto Jaime Contreras

Aprobado por Acta No. 090

Medellín, nueve (9) de agosto de dos mil veintidós (2022)

1. EL ASUNTO

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la defensa del señor Edwin Hernán Gutiérrez Valencia en contra de la sentencia proferida, el 8 de junio de 2022, por el Juzgado 13° Penal del Circuito de Medellín, que lo condenó como autor del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

2. ANTECEDENTES

2.1. El Hecho

De acuerdo con el escrito de acusación, *“el 7 de noviembre de 2021, sobre las 00:05:54 horas aproximadamente, en vía*

pública, en la carrera 63A con calle 94A sector tricentenario de Medellín, EDWIN HERNÁN GUTIÉRREZ VALENCIA, portaba, sin permiso de autoridad competente, un arma de fuego de defensa personal tipo revólver .38 special, marca Llama Martial, número de serie borrado, número interno 539, apto para producir el fenómeno de disparo. La Policía Nacional llegó al lugar en patrullaje de rutina por el sector.”

2.2. Trámite Procesal

El 8 de noviembre de 2021, se formuló imputación en contra de *Edwin Hernán Gutiérrez Valencia* por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones (artículo 365 del C. P.), a título de autor, cargos a los que no se allanó. La Fiscalía declinó de la solicitud de imposición de medida de aseguramiento.

El 23 de marzo de 2022, se formuló acusación en similares términos a la imputación. El 3 de mayo de 2022, el Juzgado 13 Penal del Circuito de Medellín instaló la audiencia preparatoria en la cual la Fiscal anunció que se presentaría un preacuerdo. Fue así como se presentó el preacuerdo celebrado entre la Fiscalía y el imputado y su defensa, en el que a cambio de aceptar el procesado su responsabilidad por los cargos imputados, se pactaría una pena de 56 meses de prisión y el comiso del arma para la fuerza pública, advirtiendo que con el fin de que el procesado se haga acreedor al descuento de la pena se reconocería como ficción

la complicidad, dado que este tiene conocimiento de que responde como autor material del delito atribuido¹.

Dicho acuerdo fue aprobado por el juez de primer grado y seguidamente se dio inicio a la audiencia de individualización de la pena, la cual, por solicitud de aplazamiento de la defensa, continuó el día 8 de junio de 2022, y en la misma el defensor solicitó la concesión de la prisión domiciliaria para su defendido con base en que este convive con su hermana, quien es una persona que por sus afecciones psíquicas y las consecuencias comportamentales que conllevan, debe permanecer acompañada de una persona mayor que se encargue de suministrarle los medicamentos recetados e ingerir los alimentos necesarios y se abstenga de ejercer acciones que puedan poner en riesgo su vida por la patología de trastorno bipolar que padece y de la cual da cuenta la historia clínica; además que esta persona es madre soltera con un hijo menor, quien ha estado al cuidado del procesado; es así como considera que se debe otorgar el beneficio con base en lo dispuesto en la Ley 750 de 2002 por la condición de padre cabeza de familia. Posteriormente, se dio lectura de la sentencia, la cual fue recurrida por la defensa.

3. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Como la resolución de la apelación no impone ingresar en otros temas diferentes a los aspectos impugnados, solo reseñamos de la sentencia lo que guarda relación con lo que fue objeto de censura. En lo restante, se entenderá

¹ Minuto 3:44 audiencia del 3 de mayo de 2022.

incorporada la decisión de primera instancia a este fallo, pues se conserva su carácter condenatorio y lo allí resuelto que no fue objeto de impugnación.

En virtud del preacuerdo celebrado con la Fiscalía, el juez de primera instancia condenó al procesado a la pena de 56 meses de prisión como autor del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones. Como penas accesorias le impuso la inhabilidad de derechos y funciones públicas, y la prohibición para la tenencia y porte de armas de fuego por el mismo lapso de la pena principal; así mismo, dispuso el comiso del arma de fuego incautada. El juez de conocimiento no concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena por no reunirse el presupuesto objetivo de su procedencia en tanto la sanción concreta supera los cuatro años de prisión.

Respecto a la concesión de la prisión domiciliaria de que trata el artículo 38B del Código Penal, estimó el funcionario judicial que de acuerdo con lo previsto en el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014, la pena mínima prevista para el delito por el que es condenado supera los ocho años de prisión, teniendo en cuenta que se le condena como autor y solo para efectos punitivos se le reconoce la calidad de cómplice. Para sustentar lo anterior citó la sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia SP359-2022 del 10 de febrero de 2022, radicado 54535.

Con relación a la prisión domiciliaria por la condición de padre cabeza de familia del procesado por estar a cargo de su

hermana que padece trastorno bipolar, el juez consideró que, si bien en las declaraciones extra juicio aportadas se dice que el acusado es el soporte emocional y económico de su hermana y en la historia clínica se hacen recomendaciones sobre la necesidad de acompañamiento permanente, no se observa que esta tenga una discapacidad cognitiva, sin desconocer el trastorno bipolar que padece, y de la historia clínica no se colige que no pueda valerse por sí misma, ni que requiera la presencia continua de su hermano, causándole extrañeza que al parecer el grupo familiar se restrinja a ellos dos cuando en la historia clínica se habla de una buena red familiar, lo que implica que se está tratando de favorecer al procesado y no a su hermana, de quien se asevera un grado de desprotección que no se acreditó en debida forma. Por tanto, negó la prisión domiciliaria por padre cabeza de familia.

4. LA SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

El defensor del señor Edwin Hernán Gutiérrez Valencia apeló la anterior decisión en lo que concierne a la negación de la prisión domiciliaria al procesado tanto por su regulación ordinaria como por la calidad de padre cabeza de familia.

Considera que, al reconocerse en el preacuerdo la degradación de la autoría a complicidad, para el otorgamiento de la prisión domiciliaria se deben aplicar los mínimos y máximos de la pena por cuanto se encuentra presente un factor modificador de la punibilidad abstracta, acorde con el preacuerdo. Para sustentar lo anterior cita las providencias de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia con

radicado 20945 del 11 de febrero de 2004, y radicado 19948 del 15 de septiembre de 2004, en las que se concluye que la sanción a tener en cuenta no es la aplicable al procesado en el caso concreto, sino la prevista de manera abstracta para la conducta punible en el tipo penal respectivo, y que por conducta punible debe entenderse el comportamiento típico con las circunstancias genéricas y específicas que lo califican o privilegian y que modifican los extremos punitivos establecidos en la norma. Por tanto, estima que se reúnen los requisitos de índole objetiva y subjetiva para la concesión del subrogado pretendido.

De otro lado, no comparte la decisión del juez de negar la prisión domiciliaria en aplicación de la Ley 750 de 2000, teniendo en cuenta que la hermana del procesado, la señora Ana Milena Gutiérrez Valencia, presenta un trastorno afectivo bipolar con algunos episodios maníacos y síntomas psicóticos, por lo cual los psiquiatras recomiendan un acompañamiento permanente, pues requiere tratamiento psicofarmacológico y psicoterapéutico como se determina en la historia clínica presentada.

Se queja por cuanto el juez concluye que el acompañamiento lo pueden ejercer otros familiares, toda vez que las personas que componen el núcleo familiar de Ana Milena son: una hija de 20 años de edad de nombre Valeria Elejalde Gutiérrez, quien actualmente está dedicada a sus estudios de medicina y goza de una beca, que para conservarla debe tener un promedio elevado, contando actualmente con un promedio de 4.5 lo que le exige estar

dedicada de tiempo completo a sus estudios. Refiere que también hay una hermana de 20 años de edad de nombre Manuela Gutiérrez Valencia, quien estudia finanzas en la universidad EAFIT, también becada y con promedio de 4.3.

Por último, estima que con la decisión de primera instancia se desconoce que una de las finalidades de la pena es la resocialización la que es dable conseguir a través de instrumentos de entidad menos gravosa que la privación efectiva de la libertad en centro de reclusión, como lo es a través de la prisión domiciliaria, sin que la resocialización pierda por ello la importancia de su significación, pues someter al acusado al rigor de un centro carcelario se traduciría en la causación de un perjuicio personal y de su núcleo familiar, a cambio de imponer el denominado fin retributivo de la pena, cuando se cuenta con el fin de prevención especial que se cumpliría bajo las obligaciones que prescribe el artículo 65 del Código Penal con la finalidad de lograr esa resocialización.

Sostiene que el subrogado no tiene como función hacer desaparecer la pena impuesta por razón de la conducta punible, pues esta subsiste, de ahí que si el acusado no acata las obligaciones que se le impongan la consecuencia es la revocatoria del beneficio y el cumplimiento de la pena. Destaca que su defendido estuvo en libertad durante todo el desarrollo del proceso y siempre estuvo atento a todas las audiencias.

En síntesis, solicita se revoque la decisión recurrida en cuanto a la no concesión de la prisión domiciliaria y, en su defecto, sea otorgado dicho subrogado.

5. LAS CONSIDERACIONES

La segunda instancia se rige bajo los parámetros de la justicia rogada, por cuanto la competencia y el consecuencial objeto de la revisión que se hace en esta sede están demarcados o delimitados por los aspectos impugnados de la decisión de primera instancia, salvo los controles officiosos de debido proceso y legalidad de la pena que en este caso solo podrían operar en favor del procesado por ser su defensa apelante único.

Sentada la anterior premisa, cabe examinar si procede la prisión domiciliaria para el procesado con base en la regulación establecida en el artículo 38B del Código Penal y específicamente, le corresponde a la Sala determinar si se cumple con el presupuesto objetivo de que la pena prevista en la ley para la infracción al ordenamiento penal por la que se procede sea de 8 años de prisión o menos, que es el punto en discusión y del cual depende la solución del asunto.

Subsidiariamente, en el evento de no prosperar la concesión del subrogado en mención, se deberá determinar si procede el otorgamiento de la prisión domiciliaria por la condición de padre de familia del procesado que no solo operaría a favor de los hijos menores sino de otras personas en situación de incapacidad que dependan de aquél y, de ser

negativa la respuesta, se analizará lo concerniente a la inaplicación de la pena intramural de cara a los argumentos expuestos por el apelante.

5.1. Atendiendo al modo como terminó el proceso, es decir, en virtud de un preacuerdo, la solución del primer problema planteado depende de los términos en los que fue aceptada la responsabilidad, es decir, si la compensación otorgada por la Fiscalía implica la real y efectiva variación de la calificación jurídica de autor a cómplice que conlleva una pena inferior, o si ello solo ocurrió para efectos de la tasación punitiva.

Lo anterior porque si la degradación de la calificación jurídica del grado de participación atribuido fue pleno y real, esta sería la acusación aceptada y como no medió la práctica de prueba, solo es la fuerza del consenso con respaldo en un mínimo probatorio, el que permite declarar la responsabilidad en los términos acordados.

Entonces, tanto por la fuerza de la congruencia que debe existir entre este acto procesal y la sentencia, como por el fundamento de la declaración de responsabilidad, de haber mediado realmente el cambio de la calificación jurídica de la conducta punible atribuida no se le podría declarar responsable al procesado como autor sino como cómplice, con todas las consecuencias a que hubiera lugar, entre ellas la disminución de la pena mínima consagrada en la ley para efectos de los subrogados.

La tesis de separar el delito negociado del imputado para que la condena sea por este último requiere que la aceptación de cargos sea frente al delito imputado pues de no ser así, solo se trataría de la hipótesis de la Fiscalía que no tendría fuerza alguna pues no estaría ni probada ni aceptada.

Entonces, lo crucial es establecer cómo fue acordada la compensación por el preacuerdo para hacerla prevalecer, toda vez que así no estuviese dentro de la legalidad, se torna inmodificable por fuerza de la prohibición de reforma en peor.

De una vez, conviene aclarar que el planteamiento efectuado no depende de la reevaluación de las concepciones vigentes sobre los fines de los preacuerdos o que se deba tener en cuenta el grado de lesividad de la conducta cometida por el acusado, pues ello no hace parte de este instituto.

Aunque la defensa cita a su favor providencias de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia como lo son las identificadas con radicado 20945 del 11 de febrero de 2004, y radicado 19948 del 15 de septiembre de 2004, en las que se habría concluido que la sanción a tener en cuenta no es la aplicable al procesado en el caso concreto, sino la prevista de manera abstracta para la conducta punible en el tipo penal respectivo, lo cierto es que, además de que se trata de asuntos regidos bajo la Ley 600 de 2000 en los que no se celebraron preacuerdos y tampoco se degradó la autoría a complicidad en virtud de los mismos, actualmente existe la visión jurisprudencial que sirvió de guía al juez de primera

instancia para resolver el caso y es avalada por esta Sala de Decisión.

Al respecto, se tiene que en la sentencia con radicado 52.227 de 2020², con ponencia de la Dra. Patricia Salazar Cuellar, en la que se considera lo previsto en la sentencia SU-479 de 2019 de la Corte Constitucional, se distinguen dos modos como suelen presentarse en la práctica jurídica los preacuerdos cuando la contraprestación al procesado por su aceptación no se hace fijando el descuento punitivo que establece la ley para el allanamiento a cargos.

Uno de los modos es la tipificación de la conducta con la degradación plena de su calificación jurídica en las diversas modalidades posibles que comprende, caso en el cual no se debería admitir sin base fáctica atendible que, de una vez, debe advertirse es diferente a que esté demostrada, y en ese evento debería ser así reconocido oficiosamente por la Fiscalía con base en el principio de legalidad y no como compensación consensual. En otras palabras, la moneda de pago no puede

² *“Este tipo de acuerdos, que no son extraños en la práctica, como lo ha detectado esta Corporación al resolver los asuntos sometidos a su conocimiento, se caracterizan porque el cambio de calificación jurídica solo constituye el instrumento o mecanismo para disminuir la pena. En términos simples, en lugar de decir expresamente que la sanción se disminuiría en algún porcentaje (que en los casos analizados en la sentencia SU479 de 2019 ascendió al 83%), las partes optan por incluir una circunstancia de menor punibilidad que genere la misma consecuencia. Estos cambios de calificación jurídica pueden referirse a cualquier elemento estructural de la conducta punible. Al tipo penal, como cuando unos hechos típicos de extorsión son calificados como constreñimiento ilegal, o a alguna faceta de la culpabilidad, como en los casos estudiados en la SU-479, donde, sin base factual, se incluyó la circunstancia de menor punibilidad regulada en el artículo 56 del Código Penal.*

(...) En estos eventos, la pretensión de las partes no se orienta a que el juez incluya en la condena una calificación jurídica que no corresponda a los hechos jurídicamente relevantes. Por ejemplo, que se asuma en el fallo que el autor es cómplice o que el procesado, sin corresponder ello a la realidad, actuó bajo una circunstancia de menor punibilidad como la regulada en el artículo 56 del Código Penal. Bajo esta modalidad, la alusión a normas penales favorables al procesado, que no corresponden a la hipótesis factual aceptada, tiene como única finalidad establecer el monto de la rebaja. Así, por ejemplo, las partes aceptan que quien ontológicamente es autor sea condenado como tal, pero se le atribuya la pena que le correspondería si fuera cómplice. Asimismo, y también a manera de ilustración, no se pretende que el juez incluya en la calificación jurídica la circunstancia de menor punibilidad prevista en el artículo 56, sino que rebaje la pena en la proporción que correspondería si la misma se hubiera demostrado”

ser el derecho que se tiene, pues se trataría de un timo que contraría el espíritu del orden jurídico y de la justicia.

En esta modalidad de preacuerdo, la responsabilidad se acepta sobre el delito degradado, de modo que se desvanece la posibilidad de que perviva cualquier efecto del delito inicialmente atribuido, que en estos casos no estaría siquiera probado en tanto con la terminación anticipada se pretende prescindir del juicio; de modo que en la sentencia la responsabilidad se declara sobre el delito aceptado que con el acompañamiento del mínimo probatorio de la tipicidad y antijuridicidad, permite fijar la condena.

Desde luego que en estos eventos la variación de la calificación jurídica efectuada en el acuerdo tiene efectos plenos y repercute, para bien o para mal, en la regulación de la concesión de subrogados y sustitutos penales. Entonces, por ejemplo, para establecer la procedencia de la prisión domiciliaria se tomará el mínimo establecido en la ley para el delito consensuado.

La otra modalidad consiste en que realmente no se degrada la conducta atribuida ni su responsabilidad, sino la pena con base en una tipificación que en la práctica se suele denominar ficción, evento que, si bien no consideró la Corte Constitucional en la sentencia de unificación mencionada, lo viene desarrollando la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia como puede observarse en la sentencia SP359-2022 del 10 de febrero de 2022, radicado 54535, citada por el juez de primer grado.

Naturalmente que en esta modalidad no cabe exigir soporte probatorio alguno, pues se presupone que se carece del mismo, es decir, que no existe la base fáctica para hacerlo como una degradación real del tipo o la participación atribuida.

Concordante con lo expuesto, en estos casos el procesado debe aceptar la responsabilidad sobre el delito imputado o acusado y no sobre la nueva calificación jurídica más favorable, cuyos efectos operan exclusivamente a la tasación de la pena, es decir, al cálculo de la compensación otorgada por el preacuerdo; de manera que en la sentencia se declara la responsabilidad por el delito originariamente atribuido y aceptado con el grado de participación que se admite. Por consiguiente, en estos eventos, para la concesión de la prisión domiciliaria se tendrá en cuenta el mínimo punitivo señalado en la ley para el delito por el que se condena y no el estimado para hacer el descuento punitivo.

Reiteramos, entonces, que la solución depende de cómo se planteó el preacuerdo, entendiendo la Sala que en este caso se acudió a la última modalidad, en tanto el procesado aceptó su responsabilidad como *autor* del delito atribuido “*y para que él se haga acreedor al descuento de pena se le concede la figura de la complicidad, como ficción, dado que él sabe que responde a título de autor material de este delito*”, tal como lo manifestó la Fiscalía; además de que el juez de primer grado de forma categórica le advirtió al procesado y a su defensor que, de aceptar en estos términos, no tendría derecho al

otorgamiento de la prisión domiciliaria del artículo 38B del Código Penal.

Lo decisivo para entender que se trató de una compensación recortada es que se dice que la calidad de cómplice solamente se concede para efectos punitivos, haciendo alusión a que se refiere a una ficción, lo que impone que para los efectos distintos a la imposición de la pena se le considere autor a Edwin Hernán Gutiérrez Valencia, pues además de ese modo lo aceptó, por lo cual en su caso la pena mínima para el delito atribuido sería de 9 años de prisión para la conducta tipificada en el artículo 365 del Código Penal, pena base para estudiar la procedencia de la prisión domiciliaria.

En consecuencia, al superar la pena mínima del delito por el que se procede los 8 años de prisión, no debe otorgarse la sustitución de la reclusión carcelaria por la domiciliaria. Esta conclusión no varía porque los delitos contra la seguridad pública, como es el atribuido, no estén relacionados como excluidos de la prisión domiciliaria por el artículo 68A del Código Penal, o porque el procesado carezca de antecedentes penales o demuestre su arraigo o, como lo plantea la defensa, la lesividad de la conducta fue mínima, pues el factor de improcedencia señalado, como es que se supera el tope mínimo de la pena de los 8 años, es independiente de los aspectos señalados. Por estos motivos, será del caso negar la pretensión del apelante de conceder la prisión domiciliaria de que trata el artículo 38B del Código Penal.

5.2. En lo que respecta a la concesión de la prisión domiciliaria a que alude la Ley 750 de 2002, juzga el Tribunal que el juez acierta en su decisión, por cuanto de los medios de conocimiento arrimados no se obtiene la convicción requerida para reconocerle la calidad de padre cabeza de familia al justiciable, del cual depende que pueda concederse la sustitución pretendida.

En esta ocasión, el procesado pretende derivar dicha condición de tener bajo su cargo personas incapaces o incapacitados para trabajar, específicamente su hermana enferma, lo cual normativamente es posible pues así lo dispone el artículo 2 de la Ley 82 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 1232 de 2008, cuando establece en su inciso segundo:

“En concordancia con lo anterior, es Mujer Cabeza de Familia, quien siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar. (Subrayas del Tribunal)

Entonces, para que en la justicia penal pueda reconocerse la calidad que invoca el acusado en el caso concreto, se requiere de un lado, demostrar que se tiene a cargo a dichas personas, no solo económicamente, sino también afectiva y socialmente, y de otro, que media deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del grupo familiar.

Desde luego que estos dos aspectos precisados, se corresponden con dos enunciados empíricos que pueden y deben ser demostrados por quien pretende la aplicación de la norma a su favor, por lo cual la carga de la prueba corre a cargo del procesado, así como las consecuencias de su no cumplimiento.

Pues bien, examinados los elementos de conocimiento obrantes al respecto, fuera de la demás prueba documental, encuentra el Tribunal que las declaraciones extra-juicio de la señora Ana Milena Gutiérrez Valencia y del señor Camilo Wiesner Peroni no solo carecen de poder suasorio, sino también carecen de conducencia para demostrar los hechos en los que se fundamenta la sustitución pretendida, así el Código General del Proceso (artículo 188) las admita como prueba sumaria con fines judiciales.

Lo anterior ha sido el criterio de la Sala de Decisión tal como puede extraerse del siguiente aparte tomado de la sentencia de segunda instancia del 4 de mayo de 2020 emitida dentro de la actuación con radicado 05001-60-99-166-2019-16680³ en el que se resolvió un caso similar:

"Desafortunadamente ha hecho carrera que al interior de la audiencia del artículo 447 de la Ley 906 de 2004 se incorporen declaraciones extrajuicio para demostrar supuestos fácticos de derechos que deben ser reconocidos por el juez, lo que a juicio de la Sala implica desconocer el principio de necesidad de la prueba y que se actúa dentro de un proceso en el que rige la contradicción y la ley no ha

³ Reiterada en sentencia del 17 de enero de 2022, proferida dentro del proceso con radicado 05-001-60-00206-2021-04807.

autorizado la incorporación de prueba sumaria para el efecto.

A pesar del déficit de regulación del mencionado artículo 447 al respecto, lo cierto es que cuando una decisión judicial debe tener como premisa un enunciado empírico, esto es, de lo que sucede en la experiencia y el actuar humano, debe obrar prueba para así poderlo declarar.

Como quiera que se está en curso del proceso, dicha prueba debe recaudarse con la contradicción de la contraparte, so pena de quedar reducida a prueba sumaria, que de por sí es insuficiente, salvo que la habilite la ley, para considerar demostrado un evento, precisamente por ausencia de contradicción, con mayor razón en un proceso que se caracteriza por ser adversarial.

Entonces, aunque no hay referencia a prácticas de pruebas al interior de la audiencia de individualización de la pena y sentencia, procede su recaudo en virtud del principio de necesidad de la prueba cuando se trate de demostrar supuestos fácticos de derechos que pretendan ser reconocidos por el juez, pues de lo contrario no podría hacerlo, sin que otras razones sistemáticas del procedimiento penal impidan su recepción.

Y es que además de tratarse de prueba sumaria, las declaraciones extrajuicio suelen carecer de la exposición de la razón o ciencia del dicho del testigo, lo cual las torna inútiles para demostrar con rigor lo pretendido.

En este orden de ideas, la Sala no les reconoce capacidad probatoria a dichas declaraciones pues si bien el artículo 272 de la Ley 906 de 2004, habilita su recepción, lo hace para fines de la investigación, valga decir para que pueda obrar como prueba de referencia si es del caso, para impugnar credibilidad o refrescar memoria y eventualmente para estimarlo como declaración adjunta al testimonio; pero no con fines de existencia propia con entidad demostrativa."

Por consiguiente, al ser esta la postura que actualmente tiene la Sala de Decisión no resulta posible valorar las declaraciones extra-juicio aportadas para demostrar la calidad de padre cabeza de familia del procesado, con mayor razón cuando los declarantes únicamente hacen la manifestación de

que la señora Ana Milena Gutiérrez Valencia depende de su hermano económica y emocionalmente por tener un trastorno afectivo bipolar, sin que se haya circunstanciado tal situación o establecido cuál es la razón de sus dichos.

De la prueba concerniente a los servicios públicos, de los que figura como usuaria la señora Flavia Eduviges Cardona Pérez, nada puede extraerse para demostrar la calidad echada de menos.

De la historia clínica aportada se desprende que, pese a que la señora Ana Milena Gutiérrez Valencia presenta diagnóstico afectivo bipolar, al momento de la consulta del 16 de mayo de 2022, no presenta riesgo cierto inminente para sí o para terceros, mientras que con las recomendaciones dadas no se percibe que requiera de terceras personas para valerse por sí misma. Así mismo, se describe, entre otras cosas, que se trata de una paciente femenina de 39 años de edad, soltera, que trabaja de manera independiente y convive con sus dos hijos y una hermana, además que aparece como afiliada cotizante de la EPS SURA.

En la consulta del 4 de enero de 2017, tampoco se hace alusión a que la paciente requiera de la asistencia de otra persona, salvo para la supervisión de la medicación que se indica en el plan de manejo debe ser supervisada por un adulto responsable.

En igual sentido en la historia clínica del 17 de enero de 2017 en la que consta que, al examen mental, la paciente se

encuentra alerta, consciente y orientada en las tres esferas; en la del 8 de febrero de 2017 consta que, además de lo anterior, la paciente refirió que la familia está muy ansiosa por los movimientos que pueda tener y que el esposo y la familia la ven mucho mejor.

En la evaluación médica del 21 de marzo de 2017 se indica que la paciente no está interesada en el proceso de rehabilitación y se cierra el proceso; mientras que, en la historia del 30 de marzo de 2017, se plasma que la paciente presenta estabilidad del cuadro clínico.

En la del 31 de diciembre de 2019, consta que la paciente no tiene controles desde hace dos años y que cuenta con buena red familiar, decidiéndose en conjunto con la paciente y su hermana manejo ambulatorio con control en 4 días y se dan recomendaciones sobre acompañamiento permanente.

El 3 de enero de 2020, se señala en la historia clínica que la paciente realiza viajes intermitentes entre México y Colombia; asimismo, que convive con sus dos hijos y su hermana, que trabaja independiente; igualmente consta que cuenta con apoyo familiar.

En similares términos se observan las historias clínicas del 14 de marzo, 13 de mayo y 21 de septiembre de 2020, así como las del 25 de enero y 13 de septiembre de 2021, y 15 de febrero de 2022.

Entonces, en relación con las condiciones de salud de la señora Ana Milena Gutiérrez Valencia, la Sala no percibe que el solo diagnóstico de su enfermedad determine una incapacidad tal que la haga depender de su hermano para ser asistida afectiva, económica o socialmente por este. Por el contrario, de los elementos analizados y lo informado por el recurrente, se logra extraer que el núcleo familiar de la señora Ana Milena Gutiérrez Valencia está conformado por su hijo menor, su hija y su hermana, ambas mayores de edad; así mismo, se colige que trabaja de manera independiente y se encuentra afiliada a la EPS en calidad de cotizante, lo que permite inferir que cuenta con capacidad económica.

Para la Sala no es de recibido el argumento del apelante referente a que tanto la hija como la hermana de la señora Ana Milena Gutiérrez tienen becas de estudio que les exige mantener un alto promedio académico, lo que llevaría a deducir que no cuentan con el tiempo suficiente para prestar el cuidado debido a su familiar.

Y es que, conforme al diagnóstico de trastorno bipolar y a las valoraciones médicas, la paciente no requiere un acompañamiento permanente, por lo que los cuidados necesarios bien le pueden ser brindados por su hija y su hermana, tal como puede inferirse lo han venido haciendo según lo observado en las historias clínicas aportadas, en las que ambas familiares figuran como acompañantes de la paciente y consta que esta cuenta con una buena red de apoyo familiar.

Entonces, de las anteriores circunstancias se infiere que, si bien se alegan dificultades para la asistencia que demande la enfermedad padecida por la señora Ana Milena Gutiérrez Valencia, se tiene que en realidad se cuenta con otros miembros de la familia que pueden asumir su cuidado, ante la ausencia del señor Edwin Hernán Gutiérrez Valencia en virtud de su detención.

En conclusión, no se percibe que esté demostrada la ausencia de la ayuda de otros miembros del grupo familiar para el cuidado de la señora Ana Milena Gutiérrez Valencia, de manera que no se demuestra por ahora la calidad de padre cabeza de familia del señor Edwin Hernán Gutiérrez Valencia, lo que conduce a que la decisión de primera instancia en ese sentido también sea confirmada.

5.3. Finalmente, plantea el impugnante la procedencia de la inaplicación de la pena de prisión intramural para que sea sustituida por la domiciliaria, pues, en su sentir, la finalidad de la resocialización se cumpliría a cabalidad mediante una ejecución de la sanción menos gravosa a la privación de la libertad en establecimiento penitenciario.

Sin embargo, lo así propuesto choca con la libertad de configuración que tiene el legislador para definir la política criminal en lo que concierne al modo como se reprime la comisión de ciertas conductas que reputa o entiende que afectan significativamente el orden social y que, por ende, ameritan tratamiento penitenciario, como es el caso del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego,

accesorios, partes o municiones, al cual se le asignó una pena mínima que desborda el límite consagrado para la concesión de la prisión domiciliaria como presupuesto objetivo de procedencia.

Por fuerza del imperio de la ley, a la cual estamos sometidos todos los jueces, valorado el asunto por el legislador para vedar la concesión de subrogados, así sea de una manera abstracta y general, carecen los funcionarios judiciales de potestad para variar en el caso concreto lo dispuesto en la norma, la que por demás no se percibe que contraría la Constitución Política, ni que razones de orden superior o de principios jurídicos impongan otra solución.

En suma, revisados los motivos de impugnación, encuentra la Sala que la sentencia de primer grado debe ser confirmada. No obstante, es menester dejar sentado que la gravedad de la conducta atribuida al procesado no desborda la propia del delito, dejándose así abierta la posibilidad para que en su momento el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad decida sobre el otorgamiento o no de la libertad condicional, previa verificación del cabal cumplimiento de los demás requisitos exigidos para su procedencia.

Por último, percibe la Sala que el juez de primer grado dentro del acápite de *“otras decisiones”*, indicó que *“de igual manera se le impone la privación para el derecho a la tenencia y porte de armas de fuego por el mismo tiempo de la pena principal”*, sin que hubiere soportado su imposición en una

mínima motivación, circunstancia que amerita la corrección de oficio por parte del Tribunal.

Lo anterior, teniendo en cuenta que, acorde con lo dispuesto en el artículo 52 del Código Penal, *“las penas privativas de otros derechos, que pueden imponerse como principales, serán accesorias y las impondrá el Juez cuando tengan relación directa con la realización de la conducta punible, por haber abusado de ellos o haber facilitado su comisión, o cuando la restricción del derecho contribuya a la prevención de conductas similares a la que fue objeto de condena”*; y en todo caso, se deberá observar estrictamente lo dispuesto en el artículo 59 ídem⁴.

Al respecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SP17468-2016 del 30 de noviembre de 2016, radicación 48193, indicó lo siguiente:

“En ese sentido, de tiempo atrás, la Corte se ha ocupado de resaltar que aunque el juez tiene la facultad de escoger, de manera discrecional, entre las penas accesorias consagradas en la ley la que se adecua al caso concreto, también ha sido cauteloso al señalar que (CSJ SP, 2 may. 2001, rad. 13.683):

(...) ello no significa que la decisión respecto de éstas tenga la característica de fundarse en la arbitrariedad o capricho, puesto que se hallan legalmente ceñidas a unos parámetros concretos en cuanto a su aplicación y duración, como son los de gravedad y modalidades del hecho punible, el grado de culpabilidad, las circunstancias de atenuación y agravación, y la personalidad del agente, según se establece del artículo 61 ejusdem, factores todos ellos que involucran para el juzgador la necesidad de realizar un cuidadoso análisis con miras a evaluar tanto la procedencia de la respectiva imposición como su posible

⁴ **ARTÍCULO 59. MOTIVACIÓN DEL PROCESO DE INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA.** Toda sentencia deberá contener una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena.

prolongación en el tiempo, siendo su deber, además, considerar las diferentes funciones que dentro del ordenamiento penal justifican su imposición conforme a la regulación normativa, al respecto contenida en el artículo 12 del estatuto punitivo.

En similar sentido, la Sala ha dicho que, *«esta clase de sanciones accesorias que el legislador dejó a la discrecionalidad del juzgador no pueden imponerse de manera mecánica, pues deben corresponder a una debida fundamentación que involucre su nexo causal con el delito por el cual se imparte condena al sujeto, de manera tal que se demuestre que debido a la conducta realizada, aquél está incapacitado o inhabilitado para ejercer sus derechos (...）」* (CSJ SP, 15 dic. 1999, rad. 11.981).

Tal obligación se desprende del principio de motivación de las decisiones judiciales consagrado en el artículo 59 del Código Penal, el cual impone el deber de fundamentar explícitamente la pena, tanto en lo cualitativo como en lo cuantitativo.”

Por consiguiente, resulta claro que en este evento se transgredió el principio de legalidad ante la imposición de la pena accesoria en comento de manera mecánica y sin motivación en lo absoluto, razón suficiente para revocarla.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero: Confirmar la sentencia recurrida, obra del Juzgado 13 Penal del Circuito de Medellín, pero revocar la pena accesoria de privación del derecho a la tenencia y porte

de armas impuesta al procesado, conforme con las razones expuestas en la parte motiva.

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



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS
MAGISTRADO



PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN
MAGISTRADO



GABRIEL FERNANDO ROLDÁN RESTREPO
MAGISTRADO