



SALA PENAL

Radicado: 05-001-60-00206-2014-47358
Procesado: Daniel Felipe Garro Cano
Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones
Asunto: Apelación de sentencia condenatoria
M. Ponente: Miguel Humberto Jaime Contreras

Aprobado por Acta No. 082

Medellín, veinticinco (25) de junio de dos mil veinticuatro (2024)

Una vez recibidas las diligencias de reconstrucción del expediente —que debió ser ordenada ante la falta de registro de la primera audiencia de juicio oral, cuyo contenido era esencial— resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto y sustentado por la defensa en contra de la sentencia del 4 de octubre de 2023 proferida por el Juzgado 11 Penal del Circuito de Medellín, mediante la cual condenó a Daniel Felipe Garro Cano como autor penalmente responsable del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

1. ANTECEDENTES

1.1. Los hechos

Fueron narrados por la Fiscalía al formular acusación de la siguiente manera:

“Ocurrieron el 27 de septiembre de 2014, a eso de las 05:00, y es que la policía realizaba labores de patrullaje sobre la carrera

72 con la calle 95 barrio Castilla, cuando escucharon un disparo de arma de fuego, inmediatamente se dirigieron hacia la calle 96 con carrera 71A para verificar lo sucedido. Camino a ese lugar se encontraron tres jóvenes de género masculino quienes por temor no revelaron su identidad, los cuales se notaban nerviosos y manifestaron que deambulaban por el lugar cuando observaron a un ciudadano, quien después de identificarse resultó ser Daniel Felipe Garro Cano; entonces estos ciudadanos manifiestan haber visto a este ciudadano, dando sus características físicas y sus prendas de vestir y manifiestan o lo señalan de haber sido la persona que había realizado los disparos que ya había escuchado la policía; dijeron igualmente desconocer hacia donde había disparado este ciudadano. También estas tres personas de la comunidad le manifiestan a la policía la dirección por donde emprendió la huida el ciudadano que había disparado y les indican que es por la carrera 71A hacia la calle 98. La policía indica que rápidamente se va hacia esa dirección la cual había sido utilizada como vía de fuga por el ciudadano que había disparado, lo alcanzan a divisar cuando corría, lograron interceptarlo en la carrera 71A con la calle 97. Posteriormente, proceden a realizarle un registro personal y le encuentran en el bolsillo lateral izquierdo del pantalón la cantidad de 12 cartuchos calibre 38, verificaron los alrededores en busca del arma de fuego, pero no fue posible encontrarla, solamente le encuentran 12 cartuchos calibre 38. Explica la policía que en el lugar hay muchas terrazas y balcones de casas de tres y cuatro pisos, por eso es que le dan a conocer los derechos como capturado y lo dejan a disposición de la autoridad competente.

Los elementos que le fueron incautados a este ciudadano se llevaron a la prueba de funcionamiento, aptitud y conservación. Tenemos el informe del perito patrullero Hernán José Álvarez Martínez, informe del 27 de septiembre de 2014 quien indica que efectivamente esos cartuchos que él analiza se encuentran en buen estado de funcionamiento, en buen estado de conservación y que son aptos para los fines que fueron fabricados.”

1.2. De la actuación procesal

En audiencia del 28 de septiembre de 2014, el Juzgado 13 Penal Municipal con función de control de garantías de Medellín

declaró ilegal la captura, decisión que fue apelada por la Fiscalía y, mediante auto del 3 de diciembre de 2014, el Juzgado Quince Penal del Circuito de Medellín, al cual le correspondió resolver la apelación, revocó la anterior decisión y, en su lugar, impartió legalidad al procedimiento de captura.

La Fiscalía, el 11 de septiembre de 2018, le imputó a Daniel Felipe Garro Cano, a título de autor, el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones (artículo 365 del Código Penal), en la modalidad de “portar”, cargo al que no se allanó y no se le solicitó imposición de medida de aseguramiento.

El 5 de diciembre de 2018, la Fiscalía formuló acusación ante el Juzgado 11 Penal del Circuito de Medellín, en los mismos términos de la imputación, aunque aclaró que la dirección de captura del acusado es la carrera 71 con calle 97 barrio Castilla.

La audiencia preparatoria se realizó el 8 de agosto de 2019 y en ella se presentaron como estipulaciones probatorias la plena identidad del procesado y la carencia de permiso para el porte de armas.

El juicio oral se efectuó en sesiones del 22 de febrero de 2021 (reconstruida el 17 de mayo de 2024), 18 de enero, 5 de mayo y 31 de agosto de 2023, fecha última en la que se presentaron los alegatos de cierre, se anunció el sentido del fallo

condenatorio y se realizó la audiencia de individualización de la pena.

La audiencia de lectura de fallo se llevó a cabo el 4 de octubre de 2023 y en ella el defensor interpuso el recurso de apelación contra la sentencia condenatoria proferida, el que sustentó por escrito dentro del término legal.

2. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El juez consideró reunidos los requisitos para condenar, con base en las estipulaciones probatorias sobre la plena identidad del procesado y la ausencia de permiso para el porte de armas de fuego, así como lo dictaminado por el perito Hernán José Álvarez Martínez, en cuanto a la aptitud de la munición incautada y que esta es de defensa personal.

Además, consideró los testimonios de Krisstian Danilo Pérez Mora y Brancen Alexander Pereira Rueda, policías que realizaron el procedimiento de captura, quienes coinciden en las circunstancias de lugar en que se desarrollaron los hechos, la hora aproximada y la condiciones en las que se produjo, esto es, en Castilla a eso de las 05:00 horas, percibiendo los agentes del orden unas detonaciones que condujeron al encuentro del procesado en poder de varias municiones.

Sobre estos últimos testigos valoró que no fue desvirtuada su narración y que no obran aspectos de descrédito grave que

socaven su objetividad ni motivos que aludan a un malintencionado interés de perjudicar al acusado.

En cambio, le restó credibilidad a lo dicho por los testigos de descargo, Edwin Alberto Villa González y Lina Marcela Barrientos Arango, al estimar que incurrieron en graves inconsistencias en la descripción de los hechos, sin ponerse de acuerdo en cuanto a lo que hacía el procesado en los momentos previos a su aprehensión, pues el primero dijo que se había quedado en la acera de su casa tomando cerveza con una amiga, mientras la segunda no menciona a ninguna mujer acompañante, a pesar de que supuestamente observaba desde el frente de la casa. Así mismo, le llama la atención que estos testigos, pese a que se estaría plantando evidencia en contra de un amigo inocente, hubieren permanecido impávidos desde el año 2014 sin haber denunciado las irregularidades en las que habrían incurrido los agentes captores, a quienes se les atribuye el ingreso arbitrario al inmueble, daños en paredes y el intento de hurto de un celular.

Advirtió que el juicio de reproche recae sobre el porte de municiones y no en la realización de los disparos que alertaron a los policías, por lo que ninguna trascendencia adquiere la prueba de absorción atómica, como tampoco se requería la búsqueda de huellas dactilares en los cartuchos, con mayor razón cuando su forma cilíndrica dificulta su hallazgo.

En conclusión, juzgó que está demostrado que el procesado fue capturado mientras portaba doce cartuchos calibre .38, sin ninguna causal de justificación, motivo por el

cual lo condenó a la pena mínima de 9 años de prisión como autor del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, partes o municiones (artículo 365 del Código Penal); por el mismo término se impuso la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

En la dosificación punitiva no accedió a lo solicitado por el defensor en el sentido de que se reconociera al procesado la circunstancia de haberse actuado en situación de marginalidad, contenida en el artículo 56 del Código Penal, por cuanto no es un asunto que se pueda demostrar en la audiencia del artículo 447 del Código de Procedimiento Penal dada su incidencia directa en la comisión de la conducta, de ahí que deba ser parte de la teoría del caso que se debate durante el juicio, tal como lo ha indicado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 17 de mayo de 2007, radicado 26716, reiterada en la providencia del 21 de agosto de 2013, radicado 41596.

Por último, negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria por no reunirse el requisito objetivo atinente al quantum de la pena impuesta y el mínimo a imponer, respectivamente. En cuanto a la prisión domiciliaria por grave enfermedad incompatible con la vida en prisión formal indicó que, pese a no contarse con un reconocimiento médico reciente, se evidencia que la complejidad de los padecimientos que afectan al procesado no ha variado con el paso de los años al aparecer como una constante en la historia clínica, así como en la acción de tutela que se tramitó por ese

padecimiento y los reconocimientos médico legales realizados el 24 de marzo de 2018 y 2 de octubre de 2021, los cuales dan cuenta de un síndrome de nodo sinusal enfermo. Agregó que la figura de reclusión domiciliaria u hospitalaria no puede ser una patente de corso para cometer indefinidamente conductas ilícitas, al no operar cuando la persona ya tuviere otra pena suspendida por el mismo motivo, acorde con lo preceptuado en el artículo 68 del Código Penal.

En consecuencia, dispuso la privación de la libertad una vez en firme la condena y reconoció como parte cumplida de la pena el tiempo que el acusado alcanzó a permanecer privado de la libertad por este proceso.

3. LA SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

El defensor interpuso el recurso de apelación con el fin de que sea revocada la condena impuesta a su asistido, al considerar que existió una indebida valoración probatoria, en tanto no se les dio valor a los testimonios de la defensa ni se tuvo en cuenta la existencia de contradicciones en los testimonios de los agentes captores.

Frente a lo primero aduce que los dos testimonios de descargo resultan fidedignos y coherentes en el sentido de que al momento de la captura al procesado no le fueron encontradas armas ni munición, mientras que la existencia o no de las damas que acompañaban a su asistido y que habrían sido referidas por el testigo Edwin, no fue tema de cuestionamiento ni se le indagó al respecto a la testigo, la señora Lina, por lo que no puede suponerse la causa por la que fuese omitida esta

información.

Arguye que, conforme con los hechos jurídicamente relevantes en los que se hace mención de unos disparos, debió traerse al proceso la prueba de la certeza de la responsabilidad, como lo es la prueba de absorción atómica con el fin de desvirtuar la presunción de inocencia, sin que sea de recibo la justificación del juez de que no se requería porque el reproche sería frente al porte de munición y no de armas de fuego.

En cuanto a que los testigos de descargo no hubieren interpuesto denuncia en contra de los policías que realizaron el procedimiento de captura, considera que no se trata de un indicio grave que opere en contra de su asistido ni que dicha omisión signifique que la indebida actuación advertida por los testigos no existió.

Finalmente, entiende la Sala que la defensa pretende, de manera subsidiaria, que se le otorgue al acusado la prisión domiciliaria por grave enfermedad, argumentando que en este caso los hechos ocurrieron en el año 2014, por lo que no podría entenderse que tuviere suspendida una pena por el mismo motivo; además que, frente a la actualización del dictamen, debe tenerse en cuenta que es el juez quien debe ordenar los exámenes periódicos al sentenciado con el fin de determinar si persiste la situación que dio lugar a la concesión de la medida.

4. LAS CONSIDERACIONES

Al no percibirse causa de nulidad y mediar una sustentación mínimamente adecuada, se procede a ejercer la competencia asignada por el artículo 34 numeral 1° del Código de Procedimiento Penal¹, examinando las censuras del recurrente, siendo apropiado iniciar por la concerniente a la indebida valoración probatoria con la que sustenta su pretensión de absolución y, de no prosperar esta, se determinará si debe confirmarse, o no, la negativa de la reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave.

4.1. Corresponde a la Sala evaluar la prueba de cargos con miras a determinar su suficiencia para acreditar, por fuera de duda razonable, que la munición incautada en realidad fue hallada en poder del procesado, quien no contaba con permiso legal para su porte, puesto que de este preciso aspecto fáctico depende la condena.

Inicialmente, cabe reparar en que no existe ninguna discusión sobre la idoneidad para producir el fenómeno del disparo de la munición —que se atribuye fue decomisada al acusado— con base en el testimonio del perito de balística, el

¹ **ARTÍCULO 34. DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE DISTRITO.** Artículo modificado por el artículo 14 de la Ley 2098 de 2021. Las salas penales de los tribunales superiores de distrito judicial conocen:

1. De los recursos de apelación contra los autos y sentencias que en primera instancia profieran los jueces del circuito y de las sentencias proferidas por los municipales del mismo distrito.
(...)

ex subintendente de la SIJIN Hernán José Álvarez Martínez², fundado en la comprobación que se hizo al utilizar cinco cartuchos en pruebas balísticas; lo que, sumado a la estipulación sobre la carencia de permiso para su porte, permiten determinar la base material de la infracción penal, cuya demostración no ha merecido reparos, pues estos se centran en la responsabilidad del implicado, esto es, si está acreditado que la munición era de su pertenencia o la llevaba consigo.

Además de la estipulación en mención y la referida a la plena identidad de Daniel Felipe Garro Cano, el acervo probatorio lo componen los testimonios de los policías captores, el ex patrullero Branser Alexander Pereira Rueda³ y el ahora subintendente Krisstian Danilo Pérez Mora⁴, así como los rendidos por los testigos de la defensa, el señor Edwin Alberto Villa González⁵ y la señora Lina Marcela Barrientos Arango⁶.

Al examinar el acervo probatorio, comenzando con la atestación del entonces patrullero Branser Alexander Pereira Rueda, este expuso que a eso de las 5:00 a.m. del 27 de septiembre de 2014 en sus labores de vigilancia que realizaba con su compañero Krisstian Pérez Mora en un sector conflictivo del barrio Castilla de esta ciudad, mientras hacían su recorrido a pie sobre la carrera 72 con calle 92, escucharon un disparo

² Audiencia del 18 de enero de 2023, minuto 05:30

³ Audiencia del 17 de mayo de 2024, sesión 1, minuto 12:08

⁴ Audiencia del 17 de mayo de 2024, sesión 2

⁵ Audiencia del 5 de mayo de 2023, minuto 08:00

⁶ Audiencia del 31 de agosto de 2023, sesión 1

de arma de fuego, por lo que se dirigieron hacia el lugar de donde provenía el sonido.

Fue así como en la calle 96 con carrera 71A se encontraron con tres jóvenes muy asustados que les indicaron que un sujeto de tez blanca, de barba, con suéter blanco y jean azul les había hecho un disparo y que había emprendido la huida por la carrera 71A hacia la calle 98, donde efectivamente fue divisado por los gendarmes y, sin perderlo de vista, lograron darle alcance en vía pública —carrera 71A con calle 97—, efectuándole un registro personal en el que le hallaron 12 cartuchos calibre 38 en su bolsillo lateral izquierdo, manifestando no tener permiso para su porte, motivo por el cual procedieron a leerle sus derechos como capturado —siendo identificado como Daniel Felipe Garro Cano— sin que pudieran encontrar el arma de fuego que buscaron en los alrededores del lugar en el que había muchas casas de varios pisos y con terrazas que tornaban difícil la búsqueda.

Es de anotar que, ante cuestionamiento de la defensa por la buena memoria del testigo al recordar datos tan precisos, este explicó que, como policía, acostumbra a guardar una base de datos propia de los casos en que intervenía. De igual forma, aunque se le trató de impugnar credibilidad en cuanto a la afirmación que hizo de que el capturado tenía aliento alcorado, lo cual no habría quedado plasmado en el informe de captura, debe precisarse que dicha omisión por sí misma no implica que no sea cierto lo afirmado en el juicio, en tanto ninguna incongruencia existe; además se pudo establecer que dicha situación, según el propio testigo, fue puesta de presente en el

acta de incautación de elementos suscrita por el otro policía en la que se hizo constar que el capturado estaba en estado de embriaguez.

Por su parte, el subintendente Krisstian Danilo Pérez Mora —patrullero para la época de los hechos— en similares términos a los del anterior testigo, narró que aproximadamente a las 05:00 horas se encontraba con su compañero de patrulla Branser Pereira realizando labores de patrullaje en un sector bastante complejo de Castilla, específicamente se encontraban en la carrera 72 con calle 95, cuando escucharon un disparo de arma de fuego y se dirigieron al lugar donde se había originado el sonido encontrándose en el camino con tres ciudadanos que les indicaron que una persona de contextura gruesa ,que vestía camiseta blanca, acababa de realizar un disparo y había huido por la carrera 71A hacia la calle 98. Continuó narrando que se dirigieron al sitio, observando a un sujeto con las características descritas que corría, logrando abordarlo en la carrera 71A con calle 97 y se le practicó un registro, encontrando en su poder 12 cartuchos calibre 38 en el bolsillo izquierdo, sin que exhibiera permiso para su porte, por lo que procedieron a capturarlo.

Agregó que, pese a que buscaron el arma, no fue posible hallarla debido a que el lugar está rodeado de casas de 2 y 3 pisos con terrazas que dificultaban la labor de búsqueda; además de que habrían solicitado apoyo policial para el traslado del detenido en vehículo, advirtiéndole que al lugar llegaron otras unidades de policía y vecinos que se estaban aglomerando, aunque no observó que alguien interviniera por el capturado ni

que este hubiese manifestado que vivía por ese lugar, aseverando que lo sacaron de allí y que las patrullas que llegaron se quedaron, pero desconoce qué sucedió con posterioridad.

Entonces, aunque el recurrente pretende tachar de contradictorios los testimonios de los policías, para la Sala resultan coherentes, espontáneos y contestes, carentes de interés en afectar al acusado, como lo indica el que no lo conocieran ni lo hubieran visto con anterioridad, sin que haya prosperado impugnación de credibilidad alguna.

En cambio, los testimonios de descargo no son dignos de credibilidad al presentar una seria divergencia en sus versiones, mientras se percibe que circunstancias relevantes y coincidentes que pretendieron cimentar a favor del acusado resultan a todas luces inverosímiles.

En efecto, la señora Lina Marcela Barrientos Arango manifestó que para el momento de los hechos estaba al frente del lugar donde fue capturado el procesado, aseverando que este se encontraba sentado, departiendo con quien sería su compañero de residencia, Edwin. Pero resulta que este testigo, Edwin Alberto Villa González, indicó que se encontraba con su novia dentro de su casa, acostados después de ver una película, mientras sitúa a su compañero Daniel Felipe sentando en la acera de la residencia tomando cerveza con una amiga que al parecer le gustaba mucho.

Como puede observarse se trata de una inconsistencia insalvable que disminuye significativamente la credibilidad de estos testigos y, aunque ambos coinciden en afirmar que los hechos ocurrieron el 27 de septiembre de 2014 a eso de la media noche, tal aseveración es claramente incompatible con lo manifestado por los policías captores que ubican la hora del suceso a eso de las 05:00 horas, esto es, al amanecer de ese día, sin que se perciba interés en estos últimos en faltar a la verdad sobre un aspecto sobre el cual no requieren mentir y sin trascendencia aparente para el caso. La Sala no encuentra necesidad, interés o motivación para que los policías establecieran una hora distinta a la de la realización de los hechos, circunstancia que los obligaría a su vez a realizar falsedades en diversos documentos públicos que se elaboran a raíz de una captura.

A lo anterior se suma lo insólito que resulta el que los testigos en mención hubieran escuchado cuando los policías que realizaban el procedimiento, a viva voz y en plena vía pública de una zona residencial, expresaran su intención de cargar con munición a un vecino del lugar al decir que sería empapelado. El contexto de acción en el que individuos que pretenden cometer una infracción al orden jurídico, con éxito, divulguen su designio criminal sin necesidad y de modo contraproducente a sus propósitos, resulta absurdo, pues se haría ante personas ajenas que se encuentran presentes y que los podrían delatar; con mayor razón tratándose de funcionarios públicos que tendrían interés en garantizar o cuando menos simular la legalidad de la captura llevada a cabo.

De manera que, enfrentadas las versiones de los testigos de descargo frente a los de cargo, no solo prevalecen las de estos últimos por tratarse de testimonios coherentes, uniformes, hilvanados, sino que la Sala les otorga entera credibilidad sobre el aspecto esencial de si el acusado tenía consigo la munición que le fue incautada, lo que determina que sean aptos para soportar el conocimiento requerido para condenar.

Con lo dicho quedan resueltas las censuras principales del recurrente, de manera expresa o implícita, por lo cual ahora nos ocuparemos de otras que no quedan claramente apreciadas.

Así, el recurrente plantea como censura adicional que no puede suponerse que la testigo Lina Marcela Barrientos Arango hubiese omitido referirse a las damas mencionadas por el testigo Edwin, en tanto no fue indagada sobre ese preciso aspecto. No obstante, sin necesidad de cuestionarle a la testigo acerca de la presencia de otras personas, se evidencia no solo una contradicción sino también que no resulta salvable porque fue categórica en aseverar que Daniel Felipe se encontraba al frente de su casa tomando en compañía de Edwin, lo que este último claramente desmiente.

En efecto, Edwin Alberto Villa González afirmó que para el momento de los hechos se encontraba acostado con su novia después de ver una película y, al sentir una bulla muy fuerte en la puerta de su casa, se paró normalmente y abrió la puerta encontrando que su compañero Daniel Felipe estaba esposado en una patrulla de policía.

Por tanto, no sería cierto que estuviera departiendo con Daniel Felipe, como lo manifestó Lina Barrientos, circunstancia que demerita la credibilidad de estos testigos de descargo al no lograrse establecer cuál de los dos dice la verdad o si ambos mienten.

En cuanto a la prueba de absorción atómica, que para la defensa se trataría de la máxima prueba de certeza para deducir la responsabilidad por cuanto se dice que el acusado había realizado un disparo que fue lo que alertó a los uniformados, dígase que en realidad dicha prueba tiene un carácter indicativo acerca de la presencia de residuos de disparo en el sujeto, mas no sobre la certeza de su autoría, en tanto los resultados arrojados pueden ser falsos positivos o falsos negativos.

Al respecto, resulta pertinente citar la sentencia del 17 de febrero de 2010, radicado 29734, M. P. Augusto J. Ibáñez Guzmán, en el que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con relación a la prueba de absorción atómica, determinó lo siguiente:

“Para la Sala no se exhibe irrazonable, y mucho menos contradictorio con las reglas de la ciencia, cuando advierte el juzgador que la prueba de absorción atómica no es suficiente para desligar de responsabilidad al imputado porque sus resultados se pueden alterar por la persona examinada. Como ya ha sido precisado por la jurisprudencia⁷, el resultado positivo, a lo sumo, es indicativo de la presencia de residuos de disparos en las manos del sospechoso, pero no de su autoría; por distintas razones es posible que el hallazgo de plomo, antimonio, bario y cobre, no sea la consecuencia de haber disparado un arma y, viceversa, la ausencia de estos

⁷ 14587 del 6 de septiembre de 2001 y 13871 del 21 de febrero de 2002, entre otras.

elementos puede ser el resultado de la prueba practicada en una persona que sí disparó un arma⁸.

(...)"

De otro lado, contrario a lo que estima el defensor, la Sala comparte el razonamiento efectuado por el juez de primer grado en el sentido de que el juicio de reproche recae sobre el porte de municiones y no en la realización de los disparos que alertaron a los policías, circunstancia que es avalada por nuestro máximo tribunal ordinario⁹, pues lo cierto es que en este evento no se está juzgando un delito que necesariamente requiera establecer la producción de un disparo, como ocurriría con conductas como la de disparo de arma de fuego sin justificación consagrada en el artículo 356A del Código Penal.

En todo caso, atendiendo al régimen de libertad probatoria que irradia nuestro sistema penal, acorde con el contenido del artículo 373 de la Ley 906 de 2004¹⁰, todos los medios de convicción válidamente practicados e incorporados son aptos para probar la responsabilidad del acusado, siendo en este caso la prueba testimonial la que demuestra más allá de toda duda razonable que Daniel Felipe Garro Cano fue sorprendido

⁸ Cfr sentencia No. 10361 del 18 de julio de 2001.

⁹ Auto AP1487-2024 del 15 de marzo de 2024, radicación 60243, M. P. Fernando León Bolaños Palacios:

"13.5 También cuestiona el demandante, el hecho de que no se hubiese practicado una prueba de absorción atómica para corroborar los hechos, argumento que carece de relevancia alguna cuando, tal y como lo indicó primera instancia:

"Si momentos antes de su captura, CASTRO CORREA accionó esa arma de fuego, ese hecho no fue materia de esta investigación, y menos si ese disparo o disparos los hizo contra persona alguna, aquí se investigó fue el porte ilegal de esa arma y los policiales que intervinieron en ese operativo son contundentes en señalar a CASTRO CORREA como la persona que empuñaba en su mano derecha al momento de su captura dicha arma, y no otra, es más, estos dos policiales afirman que dentro del establecimiento comercial "Arepas el Gordo", cuando se aprehendió a CASTRO CORREA, en ese sitio solo se encontraba él, no había más personas, no oponiendo resistencia el procesado, pues entregó el arma voluntariamente a sus captores"

¹⁰ ARTÍCULO 373. LIBERTAD. Los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos.

portando 12 cartuchos calibre 38, aptos para su funcionamiento y sin permiso de autoridad competente para su porte.

Frente al reproche de que no puede considerarse un indicio grave la omisión de denuncia por parte de los testigos de descargo ante la supuesta ilegalidad de los procedimientos de captura y allanamiento de morada por los policías que los llevaron a cabo, es cierto que su capacidad indicativa no es superlativa; pero no deja de ser un indicio, así sea leve, que repercute en la credibilidad que puedan ofrecer los testigos de descargo, puesto que no resulta sensato que, siendo conocidos del procesado —uno de ellos incluso se dice que vivía con este— observaran que estaba siendo objeto de arbitrariedades por funcionarios de policía y que ello lo mantuvieran en reserva hasta el juicio, pues desde antes podían intervenir para librar de compromiso penal al amigo.

En suma, evaluadas las distintas objeciones sobre los supuestos errores de apreciación de los testimonios practicados, el Tribunal no encuentra contradicciones e incoherencias que permitan intrínsecamente descartar la veracidad de los aportados por la Fiscalía, mientras que se les resta alcance a los presentados por la defensa, que para la Sala resultan sospechosos y poco creíbles, todo lo cual impone confirmar la condena proferida por la primera instancia sin ninguna modificación, por lo que se ocupará del segundo cuestionamiento de la apelación.

4.2. La Sala examinará la reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave del penado regulada en el artículo 68 del Código Penal¹¹, atendiendo a los reparos efectuados y a que en este momento procesal debe determinarse el modo como se ejecutará la pena privativa de la libertad impuesta en la sentencia.

Es de destacar que para conceder el subrogado pretendido debe verificarse la necesidad de satisfacer las expectativas legítimas de conservar la salud o ser tratado con dignidad, lo que demanda la demostración de que la enfermedad padecida sea incompatible con la reclusión en establecimiento penitenciario o carcelario. Padecer una enfermedad grave no habilita de manera automática la procedencia del subrogado por cuanto la norma lo condiciona a la existencia de un “concepto de médico especializado” en el que se dictamine que al paciente lo aqueja una grave enfermedad incompatible con la vida en reclusión formal¹².

En este punto conviene precisar que es cierto que la norma condiciona la concesión del sustituto a que para el

¹¹ **ARTÍCULO 68. RECLUSIÓN DOMICILIARIA U HOSPITALARIA POR ENFERMEDAD MUY GRAVE.** El juez podrá autorizar la ejecución de la pena privativa de la libertad en la residencia del penado o centro hospitalario determinado por el INPEC, en caso que se encuentre aquejado por una enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión 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.

¹² Ver, entre otras, la sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia SP3517-2020 del 16 de septiembre de 2020, radicación 56442, con ponencia compartida de los Magistrados Eugenio Fernández Carlier y Luis Antonio Hernández Barbosa.

momento de comisión de la conducta el penado no tuviere ya otra pena suspendida por el mismo motivo; sin embargo, como acertadamente lo advierte el recurrente, ello no sucede en este evento en tanto no fue demostrado dentro del proceso. Aunque en el juicio oral se hizo alusión a que Daniel Felipe Garro Cano estaba en prisión domiciliaria al momento de la ocurrencia de los hechos, no se estableció que derivara específicamente de una reclusión domiciliaria por enfermedad muy grave.

Retomando lo antes dicho, de cara a la aplicación del beneficio establecido en el artículo 68 del Código Penal, es menester tener en cuenta que no está debidamente acreditado que el padecimiento del procesado sea considerado una enfermedad muy grave incompatible con su reclusión formal, toda vez que no consta la existencia de un dictamen actual practicado por el médico legista especializado, esto es, por un médico oficial, en el que se haya determinado que la enfermedad, pese a ser muy grave, sea incompatible con la vida en reclusión formal, lo cual no puede colegirse de los dictámenes aportados en la audiencia de individualización de la pena que se encuentran desactualizados y, por el contrario, no sugieren la incompatibilidad echada de menos.

En efecto, si bien en el dictamen médico legal del 24 de marzo de 2018 se conceptuó que Daniel Felipe Garro se encontraba en estado grave por enfermedad “no sinusal enfermo” incompatible con la vida en reclusión formal, al observar el último dictamen aportado, esto es, el realizado el 2 de octubre de 2021, el profesional especializado forense plasmó lo siguiente:

CONCLUSIÓN: Al momento del examen DANIEL FELIPE GARRO CANO, presenta como diagnósticos los anteriormente anotados que, al momento de la evaluación, persiste en un Estado Grave por Enfermedad. Requiere la práctica de las ayudas diagnósticas ya solicitadas por especialista (Para las cuales no le han asignado cita) y las valoraciones por parte de electro fisiólogo, neurólogo y cardiólogo, lo cual puede efectuarse de manera ambulatoria.

La solicitud de dichas valoraciones se había hecho en las anteriores valoraciones médico legales practicadas.

Para preservar la vida y la salud del examinado, se requiere que la autoridad judicial o carcelaria coordine lo pertinente para garantizar las valoraciones especializadas y las ayudas diagnósticas, lo cual debe realizarse a través de los servicios de salud carcelarios o del servicio de salud al cual tenga derecho la persona examinada.

Como puede constatarse en el último dictamen médico legal no se determinó que actualmente la enfermedad que aqueja al acusado, además de ser muy grave, sea incompatible con la vida en reclusión formal, lo cual le compete dictaminarlo al profesional en medicina de carácter oficial, al que ha podido y debido acudir la defensa o el procesado para fines de actualizar la demostración de su estado de salud, pretendiendo solventar este presupuesto con los dictámenes anteriores en los que, si bien se alude a una enfermedad muy grave, no se dictamina específicamente lo exigido por el precepto en mención.

A contrario sensu, como lo evidenció el juez de primer grado, según lo plasmado en la historia clínica y los dictámenes aportados, la enfermedad cardiaca que padece el procesado se ha mantenido constante con el paso de los años, requiriendo de las valoraciones con los médicos especialistas que pueden

efectuarse de manera ambulatoria, según lo anotado por el médico legista, quien para el efecto y, ante la demora en las atenciones de salud requeridas, sugirió la intervención de las autoridades judiciales o carcelarias para garantizar su efectiva realización.

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

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

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

“Para iniciar, es necesario destacar que el trámite del artículo 447 *ídem* debe realizarse bajo la metodología de la audiencia y con pleno desarrollo del principio de oralidad¹³, lo cual conlleva a la inexistencia de un expediente¹⁴ que recoja este trámite, sin perjuicio de las actas que a manera de constancia de su desarrollo se extiendan. Debido a lo anterior, las solicitudes, acreditaciones fácticas y jurídicas, argumentaciones y decisiones **deben verificarse en desarrollo de la audiencia**, ya que solo lo que en ella se incorpore puede servir de fundamento para las decisiones que se profieran.

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

(...)

Siguiendo con esta línea de apreciación, las partes procesales pueden demostrar los hechos que ponen de manifiesto al juez, para que la individualización de la pena y la decisión respecto de los subrogados penales sea acorde con sus expectativas, pero esta actividad debe desplegarse **al interior de la audiencia destinada para tal finalidad**, en la que se garantizará la publicidad de la prueba, esto es, cerciorándose de que sea conocida por las partes para que materialicen el derecho a la contradicción si así lo estiman conveniente.

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

De ser así, la audiencia perdería relevancia y se convertiría en una simple formalidad, deteriorando la intermediación y la

¹³ Cfr. Ley 906 de 2004, arts. 9, 10, 145

¹⁴ Ley 906 de 2004, art. 146.

contradicción. Por ello, la Sala debe insistir en que **el material escrito no puede reemplazar el debate oral de la audiencia**, pues esto equivaldría a reproducir la lógica del expediente y a acabar con la metodología adversarial del sistema acusatorio.

(...)

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

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

En el asunto bajo estudio, la defensa no realizó solicitud alguna para la valoración por medicina legal de su defendido, bastándole con la incorporación de los dictámenes pasados y de la historia clínica desactualizada, advirtiendo haber efectuado solicitud para fines de actualización del dictamen médico legal ante el juzgado de ejecución de penas respectivo, debiendo acudir a una acción de tutela ante la demora en su realización; no obstante, como bien se indica dicha actuación es llevada a cabo dentro de otro proceso en el que se evidencia el despliegue defensivo para satisfacer las garantías del interno cuya privación de la libertad está a cargo de otro juez.

Ante este panorama, podría colegirse que el juez de primera instancia en este caso debió acudir a sus facultades oficiosas con el fin de decretar las pruebas necesarias para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos del procesado; no obstante, para que fuera imperativo el decreto

como prueba de oficio del dictamen de médico oficial echado de menos, se requería que en criterio del funcionario judicial existieran elementos de juicio de una trascendencia tal que así lo ameritara y, como quedó claramente establecido, de los documentos aportados por la defensa no evidenció circunstancias de las que se pudiese deducir que el procesado presenta un estado grave por enfermedad que resulte incompatible con la reclusión carcelaria, ante lo cual cabe reiterar que la defensa omitió solicitar la prueba en cuestión como parte interesada en la concesión del sustituto penal, por lo que no se hace necesario retrotraer la actuación procesal en tanto el juez actuó con un criterio que se encuentra dentro de lo razonable, mientras que la defensa habría contribuido con lo que ahora se echa de menos.

Para ilustrar al solicitante, se cita a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que en auto AP1482-2020 del 8 de julio de 2020, radicación 57189, M. P. Jaime Humberto Moreno Acero, sostuvo lo siguiente:

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

Por tanto, para su concesión no basta solo con la manifestación de la defensa ni el aporte de documentación médica y clínica en que se diga que el acusado padece una enfermedad, como lo entiende el impugnante, pues, para la procedencia del beneficio se demanda de un dictamen

concreto, que debe diagnosticar ese estado de enfermedad y calificarlo con la gravedad que exige la disposición sustantiva.

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

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

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

No ignora la Sala de Decisión que es menester brindársele al enfermo un tratamiento adecuado en todo lo requerido; pero dicha situación puede ser sorteada con la debida diligencia de

las autoridades carcelarias, ya que dicha razón de conveniencia no puede utilizarse por un juez sometido al imperio de la ley para conceder la sustitución pretendida, sin que pueda suponerse que, estando el procesado en reclusión por esta actuación, las autoridades carcelarias omitirán dispensarle la debida atención en salud, incluyendo el suministro de medicamentos o la asistencia a las citas médicas que eventualmente le sean programadas, pues se trataría de una hipotética vulneración de derechos si se tiene en cuenta que la actual privación de la libertad de Daniel Felipe Garro es por cuenta de otro proceso, pues hasta el momento no se ha puesto a disposición en virtud del que ahora se conoce, lo cual, según lo dispuesto por la primera instancia, solo será exigible a la ejecutoria de la condena, causa que también justifica que el Tribunal no ordene la práctica del examen del médico legista.

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

4.3. En conclusión, de la confrontación de las censuras planteadas por el apelante con la valoración que hace el Tribunal de la prueba en su conjunto no surge conclusión distinta a que se demostró la responsabilidad de Daniel Felipe Garro Cano en la comisión del delito contra la seguridad pública atribuido y cuya existencia también aparece probada, de modo que se impone la confirmación del fallo recurrido, pues, de otro lado, la pena fue fijada en su mínimo sin ofrecer reparo por el impugnante, como tampoco la negativa de subrogados penales

por expresa prohibición legal, mientras que se confirmará lo decidido respecto a la denegación de la reclusión domiciliaria por enfermedad muy grave.

Con todo, el Tribunal actuando como funcionario judicial de conocimiento advierte que, para efectos de la valoración de la conducta de que trata el artículo 64 del Código Penal que debe hacerse para conceder la libertad condicional en su momento, no es razonable deducir una mayor gravedad en este específico evento toda vez que no desborda la propia del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, por el que es condenado Daniel Felipe Garro Cano.

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

RESUELVE

Confirmar la sentencia condenatoria recurrida, obra del Juzgado 11 Penal del Circuito de Medellín.

Esta sentencia queda notificada en estrados 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

Radicado: 05-001-60-00206-2014-47358
Procesado: Daniel Felipe Garro Cano
Delito: Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones

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**

**JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ
MAGISTRADO**

Firmado Por:

**Miguel Humberto Jaime Contreras
Magistrado
Sala 08 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

**Jorge Enrique Ortiz Gomez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

**Pio Nicolas Jaramillo Marin
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **46e7a6abb2c4278e63c4cd59bdd00560102e8012ade1862661ab6cccad961597**

Documento generado en 25/06/2024 11:21:38 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>