



SALA PENAL

Medellín, veintidós de junio de dos mil veintitrés.

Radicado: 05 001 60 00206 2020 10940
Procesado: Garbelli Cortés Márquez
Delito: Homicidio agravado imperfecto
Asunto: Apelación de sentencia anticipada
Sentencia: Aprobada —con salvamento de voto parcial—
por acta 124 de la fecha
Decisión: Confirma y modifica
Lectura: Veintinueve de junio de dos mil veintitrés (3 pm)

Magistrado Ponente
JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ

ASUNTO

Se resuelve la apelación presentada por la defensa técnica de GARBELLI CORTÉS MÁRQUEZ contra la sentencia anticipada que profirió el Juzgado Trece Penal del Circuito de Medellín el 7 de marzo de 2023, por la cual condenó al precitado por tentativa de Homicidio agravado, al tiempo que le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria —como sustitutiva de la pena privativa de la libertad y como padre cabeza de familia—.

1. HECHOS

De conformidad con el escrito de acusación, el 23 de julio de 2020 aproximadamente a las 7:30 de la noche, GARBELLI CORTÉS MÁRQUEZ entró a la vivienda ubicada en la carrera 57 N° 88-33 del barrio Moravia de esta ciudad y con un machete agredió a los hermanos José Santiago y Alberto Antonio Zapata

Palacio, quienes se disponían a acostarse, lo cual generó al primero una incapacidad médico legal definitiva de 45 días y deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente, perturbación funcional de los miembros superior derecho y superior izquierdo de carácter permanente, y perturbación funcional de los órganos de la aprehensión y de la pinza, de carácter permanente. Mientras que a Alberto Antonio le acarreó una incapacidad definitiva de 9 días, sin secuelas.

2. ACTUACIÓN PROCESAL

El 17 de noviembre de 2022, el Juzgado Cuarenta y Dos Penal Municipal de Medellín con Función de Control de Garantías, legalizó el procedimiento de captura de CORTÉS MÁRQUEZ a quien se le formuló imputación como autor de Homicidio agravado imperfecto (art. 103, 104-7 y 27 del CP), cargos a los cuales no se allanó, y se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

Radicado el escrito de acusación contra GARBELLI CORTÉS MÁRQUEZ, correspondió el proceso al Juzgado Trece Penal del Circuito de Medellín, despacho ante el cual el 23 de noviembre de 2023 se le pretendía acusar formalmente, pero la fiscalía dijo haber llegado a un preacuerdo con él, consistente en la aceptación de los cargos imputados, esto es Homicidio agravado imperfecto (art. 103, 104-7 y 27 del CP) a cambio de la readecuación de la tipicidad de la conducta, degradándola a Lesiones personales dolosas (artículo 114 inciso 2º del CP) —únicamente como ficción legal de cara a una menor pena—, de conformidad con ello se le fijó una pena de 66 meses de prisión y multa de 34,66 smlmvs y, atendiendo a la agravante por la cual se le acusó —numeral 7 del artículo 104 del CP— se le aumentó la mencionada pena en 22 meses y 11,553 smlmvs de multa, para una definitiva de 88 meses de prisión y **multa de 46,213smlmvs**.

Igualmente se preacordó la indemnización a la víctima José Santiago, dejando claro la fiscalía que el dinero concerniente a dicha reparación se le entregó al perjudicado en su presencia —\$5.000.000— y que respecto de la otra víctima, Alberto Antonio Zapata Palacio —quien sufrió lesiones que le ocasionaron una incapacidad de 9 días— aunque no se formuló imputación por tal hecho, ese perjudicado llegó a un acuerdo con el acusado y por lo tanto no se compulsarán copias al respecto.

El mismo día —23 de febrero de 2023— la judicatura legalizó el preacuerdo, y se hizo la audiencia de individualización de pena (artículo 447 del CPP), en la cual la fiscalía manifestó que el acusado está plenamente identificado y sus datos personales son conocidos. La pena a imponer fue pactada y no proceden ni la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni la prisión domiciliaria.

El representante de la víctima dijo no tener nada que decir respecto del artículo 447 del Código de Procedimiento Penal.

Por su parte, la defensa pidió conceder a CORTÉS MÁRQUEZ la prisión domiciliaria como sustitutiva de la pena privativa de la libertad (artículo 38B del CP) toda vez que concurre el factor objetivo, el delito no está en las excepciones del 68A del CP y el procesado tiene arraigo familiar y social y, de no proceder dicho beneficio, se le conceda la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia (artículo 314-5 *ejusdem*), toda vez que tiene tres hijos menores de edad —Hércules, Brisa e Hicham Andrés Cortés Gómez, el último de los cuales quien tiene autismo y daños psicológicos, se le dificulta el aprendizaje y generar vínculos con quienes no sean de su núcleo familiar, y sólo lo hace con su hermano mayor, Hércules y con su padre GARBELLI CORTÉS—. Adicionalmente, el 22 de marzo de 2022, la madre de los niños Yuly Dayanna Gómez Tolosa, abandonó el hogar al irse a vivir a España y mediante documento notarial dejó en el procesado la custodia de sus tres hijos menores de edad. Es decir que el acusado es quien tiene a su cargo a los niños, inclusive desde antes de que la madre se ausentara, toda vez que ella presenta unas patologías psiquiátricas, en razón de lo cual manifestaba la imposibilidad de asumir su responsabilidad, particularmente sobre Hicham Andrés.

Agregó el defensor que GARBELLI se encarga de los cuidados económicos y afectivos de sus hijos, y sus familiares —que viven en España— dan cuenta de esa situación en atención a que Yuly Dayanna por sus quebrantos psicológicos no asumía la responsabilidad sobre ellos. Entonces, en virtud del interés superior de los menores, solicitó conceder el aludido beneficio.

3. DECISIÓN IMPUGNADA

El 7 de marzo de 2023 el juez de primera instancia condenó a GARBELLI CORTÉS MÁRQUEZ, de conformidad con los términos del preacuerdo, a la pena principal de 88 meses de prisión y multa de **46,213smImvs** —\$40.565.870— como autor de Homicidio agravado en grado de tentativa, y lo inhabilitó para el ejercicio de derechos y funciones públicas por término igual al de la sanción corporal. Asimismo, le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena, y la prisión domiciliaria.

Argumentó respecto a la pretensión de la prisión domiciliaria establecida en el artículo 38B del CP, que no se cumple el factor objetivo porque aunque la pena de prisión se haya pactado en 88 meses —equivalentes a menos de 8 años— la responsabilidad asumida por el condenado es realmente como autor de una tentativa de homicidio agravada, toda vez que la degradación de la conducta a Lesiones personales es una simple ficción en aras de otorgar la rebaja punitiva respectiva. Por ello el condenado no es acreedor al sustituto mencionado.

En lo que atañe a la pretensión de la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia argumentó el *a quo* que, conforme a los medios de convicción aportados, no está suficientemente demostrado que GARBELLI es padre cabeza de familia, porque aunque existen unas entrevistas donde dijo que sus hijos se encuentran desamparados por su madre —quien los abandonó desde hace aproximadamente un año cuando se fue a vivir a España— tal afirmación lo que hace presumir es que los menores no están desamparados, pues no de otra manera se entiende que su padre se encuentre privado de la libertad desde noviembre de 2022, es decir hace aproximadamente 4 meses, sin que exista reporte de que en ese tiempo los niños estén desprotegidos; y tampoco hay prueba de que su familia extensa y responsable de ellos —en su deber de solidaridad— se agote con los tíos residentes en España, quienes rindieron declaración sobre el estado de abandono de sus sobrinos y, aunque fuera así, ellos están llamados a asumir la manutención y cuidado de los menores, pues el hecho de encontrarse en otro país no los relega de tal deber. En virtud de lo anterior GARBELLI CORTÉS MÁRQUEZ no es destinatario de los efectos de la Ley 750 de 2002.

Dijo la primera instancia que al margen de lo anterior, la conducta por la cual fue procesado CORTÉS MÁRQUEZ es ciertamente grave, en cuanto atentó contra la vida de una persona, de tal suerte que el cumplimiento de la prisión en su lugar de habitación no sería una justa retribución por el daño que infligió a un bien jurídico de tanta relevancia. Es decir, al ponderar la lesividad del daño causado por el delito

con el interés superior de los menores, prima lo primero, porque no hay certeza de que la concesión de la prisión domiciliaria esté en consonancia con el interés superior de los menores, pues no está acreditado que estos carezcan de otros familiares que velen por ellos; y, los medios de convicción aportados por la defensa hacen presumir lo contrario.

Agregó el juez que es tan grave la conducta por la cual se emite la presente sentencia —Homicidio tentado—, que el legislador al ponderar la prevalencia de la comunidad con el interés superior del menor, privilegió el general, al prohibir en la Ley 750 de 2002 el acceso a la prisión domiciliaria de las madres o padres cabeza de familia que hayan cometido dicho punible. Y no puede soslayarse que aunque la fiscalía degradó la conducta punible a Lesiones personales, fue solo con fines punitivos, pues CORTÉS MÁRQUEZ aceptó responsabilidad como autor de Homicidio agravado imperfecto, y por tratarse de una tentativa no implica que su conducta no se encuadre en el tipo penal del artículo 103 del estatuto penal sustantivo, pues la tentativa es un dispositivo amplificador dispuesto por el legislador para incluir una conducta, que al no ser consumada no se adecúa plenamente a la desarrollada en el tipo penal pero que sigue haciendo parte del género, y por ende debe ser sancionada.

A pesar de lo anterior, la judicatura dispuso —de cara a la primacía de los derechos de los menores de edad— oficiar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que haga las gestiones pertinentes con el fin de determinar si los niños —Hércules, Hicham Andrés y Brisa Cortés Gómez— se encuentran en situación de desprotección y abandono, y de ser así se inicie el proceso de restablecimiento de derechos a que haya lugar.

4. ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

La defensa se muestra inconforme exclusivamente con la denegación de la prisión domiciliaria a su representado, como padre cabeza de familia, porque en su criterio la judicatura valoró indebidamente los elementos materiales probatorios que demuestran los presupuestos objetivos y subjetivos para su reconocimiento.

Señaló que la primera instancia no aplicó lo establecido en el artículo 314-5 del CP —sustitución de la detención preventiva— y la línea jurisprudencial al respecto, lo cual atenta contra el mandato de especial protección para la madre o padre cabeza de familia y el interés superior de los niños, consagrado en artículo 44 de la Constitución Política. En la diligencia de individualización de pena se acreditó que GARBELLI cumple los requisitos normativos para ser acreedor de la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia, pero los elementos aportados no fueron valorados acertadamente por el juez, quien no consideró su desempeño personal, laboral, familiar y social, porque aunque es cierto que la conducta es grave, pasó por alto que la madre de los menores —Yuly Dayana Gómez Tolosa— abandonó el hogar y que ha sido él quien —incluso mucho antes de la ausencia de la figura materna— asumió las riendas del núcleo familiar dadas las dificultades de salud mental de Yuly y las condiciones particulares de su hijo Hicham Cortés, además ella, de manera libre y voluntaria, dejó el cuidado de sus tres hijos menos de edad en cabeza del papá.

Añadió el apelante que Hicham es autista y tiene discapacidad sensorial, y que ha sido CORTÉS MÁRQUEZ quien ha estado pendiente de su proceso y de sus terapias, toda vez que Yuly Dayana muchas veces ha manifestado a los médicos tratantes que *“no es capaz, que no puede con esto, que no aguanta más y que necesita que alguien se haga cargo del niño”*. Así que, el procesado ha tenido bajo su cargo la responsabilidad económica y afectiva de su hogar y particularmente de sus tres hijos menores de edad, toda vez que Yuly Dayana aunque estaba presente antes de abandonar el hogar no cumplía cabalmente con sus deberes como madre por sus afecciones mentales, por ello el procesado ha suplido esa ausencia permanente de la madre. Y cuando la señora Gómez Tolosa abandonó el hogar se sustrajo del cumplimiento de sus obligaciones, y está en España donde también reside la familia del procesado, por lo cual hay una deficiencia sustancial de núcleo familiar extensivo que pueda asumir los cuidados de los menores, y la idea no es esperar a que los niños lleguen a una situación de abandono, sino prevenirla.

Alegó el recurrente que la negativa de la prisión domiciliaria al procesado —como padre cabeza de familia— afecta intolerablemente los derechos de sus hijos menores de edad y en estado de debilidad manifiesta, desconociendo su interés superior. Por ello pide modificar la decisión de primera instancia para que se conceda la prisión domiciliaria a GARBELLI CORTÉS MÁRQUEZ.

5. COMPETENCIA

Esta Corporación es competente para conocer de la presente impugnación, según lo dispuesto en el artículo 34-1 del Código de P. Penal –Ley 906 de 2004–, toda vez que la sentencia de primera instancia fue emitida por el Juzgado Trece Penal del Circuito de Medellín, que hace parte de este distrito judicial.

6. CONSIDERACIONES

La Sala establecerá si fue acertada la decisión del funcionario *a quo* de negar a GARBELLI CORTÉS MÁRQUEZ la prisión domiciliaria –como padre cabeza de familia– caso en el cual la confirmará, o si *a contrario sensu* habrá de revocarla si no se ajusta a los supuestos fácticos y a los mandatos constitucionales, legales y jurisprudenciales correspondientes.

De acuerdo con el artículo 1º de la Ley 750 de 2002:

“La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá, cuando la infractora sea mujer cabeza de familia, en el lugar de su residencia o en su defecto en el lugar señalado por el juez en caso de que la víctima de la conducta punible resida en aquel lugar, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

Que el desempeño personal, laboral, familiar o social de la infractora permita a la autoridad judicial competente determinar que no colocará en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo, hijos menores de edad o hijos con incapacidad mental permanente.

La presente ley no se aplicará a las autoras o partícipes de los delitos de genocidio, homicidio, delitos contra las cosas o personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, extorsión, secuestro o desaparición forzada o quienes registren antecedentes penales, salvo por delitos culposos o delitos políticos” (Destacado no original).

Mediante sentencia C-184 de 2003, la Corte Constitucional declaró exequibles los apartes subrayados del artículo 1º de la Ley 750 de 2002 “*en el entendido de que, cuando se cumplan los requisitos establecidos en la ley, el derecho podrá ser concedido por el juez a los hombres que, de hecho, se encuentren en la misma*

situación que una mujer cabeza de familia, para proteger, en las circunstancias específicas del caso, el interés superior del hijo menor o del hijo impedido.”

Con posterioridad, se expidió la Ley 1232 de 2008 en la cual se determinó:

“(…) la Jefatura Femenina de Hogar, es una categoría social de los hogares, derivada de los cambios sociodemográficos, económicos, culturales y de las relaciones de género que se han producido en la estructura familiar, en las subjetividades, representaciones e identidades de las mujeres que redefinen su posición y condición en los procesos de reproducción y producción social, que es objeto de políticas públicas en las que participan instituciones estatales, privadas y sectores de la sociedad civil.

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.**

PARÁGRAFO. La condición de Mujer Cabeza de Familia y la cesación de la misma, desde el momento en que ocurra el respectivo evento, deberá ser declarada ante notario por cada una de ellas, expresando las circunstancias básicas del respectivo caso y sin que por este concepto se causen emolumentos notariales a su cargo” (Destacado no original).

Lo anterior, no se aplica únicamente respecto de las madres cabeza de familia, sino además a los padres que ejercen dicha labor, pero para acreditarlo deben concurrir los siguientes requisitos, según ha expresado la Corte Constitucional:

“(…) para tener dicha condición, es presupuesto indispensable (i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no solo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquella se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) **o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o, como es obvio, la muerte;** (v) por último, **que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar”**, lo que en principio lleva a considerar la necesidad de que sea la madre quien deba permanecer a su lado”¹ (Destacado no original).

¹ Sentencia SU 388 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández

Entonces, como se observa, establece la ley que regula la prisión domiciliaria como madre o padre cabeza de familia elementos de carácter objetivo y subjetivo, y los primeros constituyen presupuestos necesarios para abordar el estudio de los segundos. Y en este caso no se cumple el requisito objetivo para conceder el mencionado beneficio, toda vez que claramente señala el inciso 3° de la Ley 750 de 2002 *“La presente ley no se aplicará a las autoras o partícipes de los delitos de genocidio, **homicidio**, delitos contra las cosas o personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, extorsión, secuestro o desaparición forzada o quienes registren antecedentes penales, salvo por delitos culposos o delitos políticos”*.

Precisamente por un Homicidio agravado imperfecto resultó condenado GARBELLI CORTÉS MÁRQUEZ, porque aunque la fiscalía en virtud del preacuerdo degradó su conducta a Lesiones personales dolosas, ello se hizo únicamente de cara a otorgarle un descuento punitivo concreto de conformidad con esta último punible, pero no implica reconocer que efectivamente el procesado actuó bajo la modalidad reconocida en el preacuerdo, pues la actual línea jurisprudencial al respecto así lo establece².

De tal suerte que en este caso por expresa prohibición legal no hay lugar a la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia, se insiste, porque la Ley 750 de 2002 que regula dicho beneficio excepciona determinadas conductas punibles frente a las cuales no se puede aplicar dicho mecanismo sustitutivo de la prisión carcelaria. De la literalidad de la precitada disposición se infiere claramente la voluntad del legislador de establecer una prohibición categórica en torno a la concesión de la prisión domiciliaria como madre o padre cabeza de familia a quienes hubieren sido condenados por las conductas punibles allí enunciadas, esto es *genocidio, **homicidio**, delitos contra las cosas o personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, extorsión, secuestro o desaparición forzada*.

De tal suerte que, aunque en razón de la prevalencia del interés superior de los menores de edad y de las personas en condiciones de debilidad manifiesta, el

² Según providencias 52.227 y 51.478 de 2020, entre otras, donde se concluye que para el reconocimiento de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y de la prisión domiciliaria **no** se tiene en cuenta la pena establecida en la ley de conformidad con las circunstancias acordadas, como se había determinado en la providencia de radicado 46.101 de 2016, sino que deben verificarse los requisitos de acuerdo con los hechos jurídicamente relevantes que motivaron la imputación o acusación luego del recaudo de la evidencia que hizo la Fiscalía.

legislador flexibilizó la ejecución de la pena permitiendo la prisión domiciliaria cuando el sentenciado sea padre cabeza de familia, también es cierto que por razones de política criminal consideró necesario el cumplimiento de la pena impuesta en establecimiento carcelario a pesar de ostentarse la aludida condición —padre cabeza de familia— en punto de las funciones de la pena, esto es prevención general, retribución justa y prevención especial cuando se trata de Homicidios; de ahí que no pueda concederse la prisión domiciliaria en este caso, y es evidente la mayor gravedad que revisten los delitos que se excluyeron del plurimencionado beneficio, pues atentan contra los más preciados bienes jurídicos tutelados como lo son la vida y la libertad individual. Es decir que no obedece a capricho del legislador tal prohibición sino a la necesidad del cumplimiento efectivo de la condena por la gravedad de esos punibles, frente a lo cual no cabe reproche alguno porque es una decisión legislativa ajustada a la norma superior, que el fallador no puede inaplicar sin justificación trascendente que así lo amerite, pues según el artículo 230 de la Constitución Política: *“Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley”*. Siendo pertinente resaltar que la Corte Constitucional al respecto ha señalado:

“(…) el legislador goza de un amplio margen de configuración normativa al momento de diseñar el proceso penal, y por ende, de conceder o negar determinados beneficios o subrogados penales. Lo anterior por cuanto no existen *critérios objetivos* que le permitan al juez constitucional determinar qué comportamiento delictual merece un tratamiento punitivo, o incluso penitenciario, más severo que otro, decisión que, en un Estado Social y Democrático de Derecho, pertenece al legislador quien, atendiendo a consideraciones ético-políticas y de oportunidad, determinará las penas a imponer y la manera de ejecutarlas. En efecto, el legislador puede establecer, merced a un amplio margen de configuración, sobre cuáles delitos permite qué tipo de beneficios penales y sobre cuáles no. Dentro de esos criterios, los más importantes son: (i) el análisis de la gravedad del delito y (ii) la naturaleza propia del diseño de las políticas criminales, cuyo sentido incluye razones políticas de las cuales no puede apropiarse el juez constitucional”³ (Destacado no original).

Luego, es claro que el legislador limitó el poder discrecional del fallador en lo atinente al otorgamiento de la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia respecto del **Homicidio**, entre otros punibles, sin que sea dable contrariar la disposición del poder legislativo, máxime cuando no ha sido declarada inexecutable, por lo cual se impone su efectivo cumplimiento, de ahí que el principal motivo para

³ Corte Constitucional. Sentencia C 073 de 2010 MP. Humberto Antonio Sierra Porto

denegar la prisión domiciliaria es que en los delitos como el que aquí se procede no hay lugar a conceder el beneficio bajo estudio, aunque GARBELLI CORTÉS MÁRQUEZ ostentara la condición de padre cabeza de familia.

Ahora si, en gracia de discusión pudiera obviarse la prohibición establecida por el legislador respecto de la improcedencia de la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia a los sentenciados por Homicidio —como en este caso—, de todas formas no se cumplen las exigencias legales que permitan predicar que GARBELLI CORTÉS MÁRQUEZ es padre cabeza de familia, toda vez que si bien tiene tres hijos menores de edad, esto es Hércules, Brisa e Hicham Cortés Gómez —de 8, 5 y 6 años respetivamente— y acudía a las consultas o terapias que este último requiere en razón del autismo que padece, también es cierto que la madre de los menores Yuly Gómez Tolosa también lo hacía.

Igualmente, se advierte que de acuerdo con el informe de evaluación de servicio de terapia ocupacional, realizado el 28 de marzo de 2022 “*se describe un hogar tranquilo*”, y aunque no se desconoce que la historia clínica de Hicham Andrés da cuenta de que Yuly Dayanna tenía depresión al parecer por la condición del menor, pues uno de los médicos tratantes relacionó que ella: “*presenta trastorno depresivo a raíz de lo acontecido*” y en una de las consultas de Hicham expuso su frustración para asumir la situación de su hijo, no existe un criterio médico que determine la imposibilidad para que Yuly Gómez asuma la responsabilidad que legalmente le asiste respecto de sus tres hijos, de la cual no se exime por haberse ido a vivir a otro país —España— y mucho menos porque mediante documento autenticado haya otorgado poder al procesado para que asuma la custodia de Hércules, Brisa e Hicham Cortés Gómez, pues es claro que ello se hizo de cara a los trámites legales y demás de esos menores, como bien se dijo en ese documento para “*sacar pasaporte, permiso para salidas del país, matriculas, asistencias médicas, etc.*”, sin que ello releve a Yuly Dayanna de la obligación legal respecto de sus hijos. Es decir que, aunque ella al parecer presenta problemas depresivos no se demostró que eso le impida hacerse cargo de sus hijos, como tampoco el estar fuera del país.

Sumado a ello, hay por lo menos cuatro hermanos de GARBELLI, concretamente Sara de la Cruz, Brisa Marcela, Deiby y Michel Yoly —todos ellos mayores de edad— que actualmente se encuentran radicados en España, quienes también tienen la obligación legal de socorrer a sus tres sobrinos en el evento de que ninguno de sus

progenitores lo pueda hacer, sin que se haya demostrado que alguno de esos familiares esté en incapacidad de asumir su compromiso con los menores, en caso de ser necesario.

No puede perderse de vista que probablemente el núcleo familiar de GARBELLI se verá abocado a una mengua en sus condiciones económicas y afectivas ante la privación de la libertad de este, mas ello *per se* no habilita el reconocimiento del mencionado sustituto, sino que debe demostrarse que el procesado es quien presta a las personas respecto de las cuales se alega la condición de padre cabeza de familia los cuidados y asistencia económica, afectiva y social, con deficiencia sustancial de ayuda por parte de los demás miembros de la familia, situación que no quedó acreditada por lo previamente expuesto, es decir, no se demostró que GARBELLI CORTÉS MÁRQUEZ sea **de manera exclusiva**, el responsable de satisfacer los requerimientos –de todo orden– de sus tres hijos menores de edad, pues, se insiste, los niños cuentan con su madre y cuatro tíos paternos que aunque viven en España ello no es óbice para desconocer sus obligaciones legales respecto de Hércules, Brisa e Hicham Cortés Gómez. Así las cosas, fue acertada la decisión de primera instancia de negar al procesado la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia y se confirmará, en cuanto fue objeto de apelación.

De otro lado, es importante señalar que se advierte un yerro en los términos del preacuerdo, que aunque vulnera el principio de legalidad no da lugar a decretar una nulidad en tanto puede corregirse en esta instancia. Se preacordó una pena de multa de acuerdo con la establecida en el Código Penal respecto del punible de Lesiones personales, sin embargo el Homicidio no tiene pena de multa, sino únicamente de prisión, y fue ese el delito por el cual se aceptó la responsabilidad penal y se profirió la sentencia condenatoria, de ahí que imponerle multa al procesado como se hizo en primera instancia —46,213smlmvs (\$40.565.870)— constituye vulneración del principio de legalidad de las penas y de contera del debido proceso, por lo tanto para remediar tal asunto se eliminará la pena de multa impuesta a CORTÉS MÁRQUEZ, en tal sentido debe modificarse la sentencia de primera instancia.

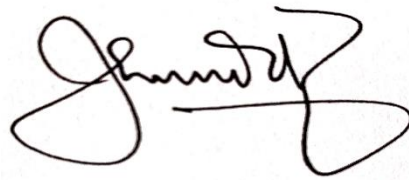
En mérito de lo expuesto la Sala Once de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO MODIFICAR el ordinal 2º de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, bajo el entendido de condenar a GARBELLI CORTÉS MÁRQUEZ a 88 meses de prisión sin la pena de multa que le fue impuesta —46,213smlmvs (\$40.565.870)— y **CONFIRMAR** las demás determinaciones de dicho fallo, entre ellas la que fue objeto de apelación, esto es la denegación al sentenciado de la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia, conforme a lo argumentado.

SEGUNDO Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación.

Notifíquese y cúmplase



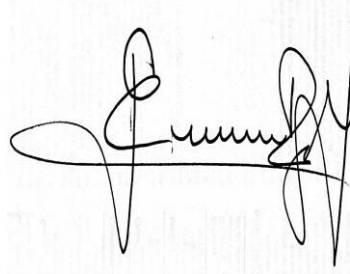
JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ

Magistrado



CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO

Magistrado



LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ

Magistrado

(Con salvamento de voto parcial)



SALA PENAL
SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

*Proceso Rdo. Nro. 05 001 60 00206 2020 10940
Procesado: Garbelli Cortés Márquez
Delito: Tentativa de homicidio agravado
Decisión: Sentencia de segunda instancia
M. P.: Jorge Enrique Ortiz Gómez*

Con el respeto de siempre me permito exponer los motivos que me llevan a salvar parcialmente el voto frente a la decisión adoptada por la mayoría de la Sala de Decisión Penal en el asunto del rubro.

Mi desacuerdo con el criterio mayoritario de la Sala radica en el hecho de modificar la sentencia de primera instancia al punto de entrar a suprimir oficiosamente la Sala la sanción pecuniaria pactada al momento de configurar el preacuerdo por las partes y su posterior validación y aplicación por el a quo.

En efecto, basta reparar en que el devenir procedimental en este caso devela claramente que los términos del bilateral consistieron en degradar la conducta de tentativa de homicidio agravado a lesiones personales dolosas, a manera de ficción y para efectos estrictamente punitivos, fijando una pena de prisión de 88 meses de prisión y multa de 46.213 SMLMV. Dejando claro el persecutor que además se pactó lo que hace a la indemnización de la víctima, la cual se materializó en su presencia. Sin derecho a la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, siendo este último apartado el motivo de inconformidad argüido por el censor.

Ciñéndose así a los estrictos términos puestos de presentes en el preacuerdo, el a quo procedió a dictar sentencia el 7 de marzo de 2023 sin que las partes se mostraran en desacuerdo con la sanción que finalmente contiene tanto la privativa de la libertad, como la pecuniaria.

Da ahí que para el suscrito precisamente la legalidad del preacuerdo logrado por las partes consiste en imponer las penas convenidas, las que, huelga significar, así sean dos, resultan ostensiblemente favorables al penado, sin que se haya escuchado a los sujetos procesales ni a la judicatura formular alguna salvedad al respecto, por ejemplo, dejando por fuera de los términos convenidos la sanción económica.

Incluso, de haberse pactado además de la degradación de la conducta con todas sus consecuencias en términos de punibilidad, como se hizo en el sub examine, la supresión de la pena de multa conllevaría una doble rebaja que se encuentra expresamente prohibida de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2° del art. 351 de la ley 906/04, optando así los signantes por crear en últimas una lex tertia, por lo que de haberse presentado dicha eventualidad, que, insisto, no es el caso, la Sala se habría visto en la necesidad de improbar el preacuerdo para ajustarlo al debido proceso y a la legalidad, no solo de los delitos y las penas, también de los preacuerdos y las posibilidades normativas que tiene la Fiscalía de negociar con miras a la terminación anticipada del proceso sin desprestigiar la administración de justicia.

Así las cosas, considero que la actuación oficiosa de la Sala termina desbordando su competencia y generando un nuevo preacuerdo por fuera de los deseos de sus signantes, so pretexto de aplicar el principio de legalidad.

De esta manera, dejo consignada mis preocupaciones e inconformidad parcial con lo decidido por la Sala Mayoritaria.

Fecha ut supra,¹



CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO
Magistrado

¹ El presente salvamento parcial de voto se suscribe de conformidad con lo previsto en el art. 11 del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, en virtud del cual se autoriza la "firma autógrafa mecánica, digitalizadas o escaneadas".