
 JUSTICIA PENAL BUGA	SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA TRIBUNAL SUPERIOR	
Código: GSP-FT-37	Versión: 1	Fecha de aprobación: 15/02/2012

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUGA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente:
JOSÉ JAIME VALENCIA CASTRO

Radicación: 76-834-60-00-187-2020-01536-01 (AC-340-21/40)

Acusado: Luis Everardo Gutiérrez Rojas

Guadalajara de Buga, noviembre once (11) de dos mil veintiuno (2021)

Aprobado según Acta No. 394

I OBJETIVO

La Sala procede a resolver recurso de apelación presentado contra la sentencia del 17 de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Tuluá, en la cual condenó a LUIS EVERARDO GUTIÉRREZ ROJAS como autor de un delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

II ANTECEDENTES

1. El 23 de septiembre de 2020, en audiencia de formulación de imputación, la Fiscalía narró que el día anterior, a las 09:45 horas, en puesto de control policial ubicado en la vía Andalucía– Cerritos, kilómetro 12+300 metros, jurisdicción del municipio de Bugalagrande (Valle), fue registrado el camión de placas SO1-361 conducido por LUIS EVERARDO GUTIÉRREZ ROJAS, descubriéndose que transportaba **385.722,9 gramos netos de marihuana**, sustancia que estaba camuflada en un compartimiento recubierto de metal

oculto entre dos carpas de lona negras simulando la carpa original del vehículo, dentro de 387 paquetes medianos rectangulares aforados en cinta adhesiva color beige, situación que dio lugar a la captura del mencionado.

Consideró la Fiscalía que el capturado debe responder penalmente como **autor** de un delito de tráfico de estupefacientes descrito en el inciso primero del artículo 376 del Código Penal en modalidad de transportar,

2. El 27 de octubre de 2020, con fundamento en los hechos narrados en la audiencia de formulación de imputación, la Fiscalía presentó escrito de acusación contra LUIS EVERARDO GUTIERREZ ROJAS.
3. El 18 de marzo de 2021, fecha fijada para realizar la audiencia de formulación de acusación, la Fiscalía verbalizó **preacuerdo** en el que LUIS EVERARDO GUTIERREZ ROJAS acepta la responsabilidad en el delito que le fue imputado pero a título de cómplice, acordándose que la pena a descontar es de 64 meses de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por tiempo igual y multa de 667 SMMLV.

El Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Tuluá aprobó el preacuerdo.

La Fiscalía aportó diversos elementos materiales probatorios, entre los que se destacan los siguientes:

- i) Informe de captura en flagrancia del 22 de septiembre de 2020 suscrito por el Intendente EDGAR CAMACHO SEPÚLVEDA y los patrulleros JORGE MEJÍA CARDONA y YEISON GALVIS TORRES en el que dan cuenta que *“Siendo las 09:45 horas del 22 de septiembre de 2020, nos encontrábamos realizando área de prevención y control sobre la vía Andalucía — cerritos kilómetro 12+300 metros peaje la Uribe jurisdicción del municipio de Bugalagrande los señores Intendente CAMACHO SEPULVEDA EDGAR, Patrullero GALVIZ TORRES YEISON y Patrullero MEJIA CARDONA JORGE, ejerciendo actividades propias del servicio policial consistentes en registro e identificación de personas y vehículos, se procede a darle la señal de pare al vehículo tipo camión color blanco, marca fotón, de placas SOI361 , que transitaba en sentido Sur — Norte, con el fin de practicar un registro tanto al*

conductor como al vehículo, logrando identificar al conductor como Luis Everardo Gutiérrez Rojas quien presenta cedula de ciudadanía número 17.327.810 de Villavicencio al cual se le solicita consentimiento verbal para efectuar el correspondiente registro al automotor procediendo a ingresar al interior de la carrocería tipo estacas carpada en la cual se nota una modificación en la carpa parte superior, de la cual se observa un espesor poco convencional en el techo de este tipo de carrocerías, por tal motivo se procede a realizar un registro minucioso iniciando a descarpar el vehículo hallando un compartimiento recubierto en metal entre dos carpas de lona negras simulando la carpa original del vehículo dicha modalidad conocida como doble carpa, dentro de la cual se hallan 387 paquetes medianos rectangulares aforados en cinta adhesiva color beige que en su interior contienen una sustancia vegetal color verde con olor y características similares a la marihuana ante tal descubrimiento se procede siendo las 09:50 horas a darle a conocer y entender el contenido del artículo 303 del c.p.p derechos que lo asisten como persona capturada, se procede con la fijación de los elementos materiales probatorios y la incautación de la sustancia y vehículo, seguidamente se iniciamos a trasladar el vehículo a las instalaciones de la estación de policía la paila con el fin de adelantar las demás diligencias del caso para ser judicializado, igualmente procedemos de conformidad con la normatividad vigente a comunicar el hallazgo a la policía judicial de turno SIJIN y al fiscal de turno URI Doctor Fernando Agudelo Charria al abonado 3006705805 con el fin de informar los pormenores del caso. Es de anotar que los generales de ley de la persona capturada corresponden a Luis Everardo Gutiérrez con cédula de ciudadanía número 17.327.810 de Villavicencio Meta, natural de Quetame Cundinamarca, de 64 años de edad, estado civil unión libre, de ocupación motorista, estudios primaria, residente en la calle supe manzana 8 manzana 4 casa 13 barrio san Antonio Villavicencio meta, teléfono 3223173881”.

- ii) Acta de pesaje e identificación (P.I.P.H.) de la sustancia incautada, fechada el 22 de septiembre de 2020 y suscrita por el Patrullero JUAN SEBASTIAN PINEDA TABARES, en la que se da cuenta que su peso neto fue de **385.722,9 gramos y que correspondió a cannabis.**
4. El 17 de septiembre de 2021, en la audiencia de individualización de la pena, la defensa solicitó se concediera al acusado el sustitutivo de prisión domiciliaria por tener más de 65 años de edad, buen comportamiento social y padecer varias enfermedades. Como

respaldo probatorio de su petición presentó varios documentos referentes a la salud del procesado, entre los que se destaca historia clínica de aquél en la que se advierte que nació el **13 de junio de 1956**.

III DECISIÓN IMPUGNADA

El 17 de septiembre de 2021 el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Tuluá condenó a LUIS EVERARDO GUTIÉRREZ ROJAS a 64 meses de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo y multa de 667 S.M.M.L.V., como autor de un delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. Le negó el sustitutivo de prisión domiciliaria por considerar que tener más de 65 años de edad no es suficiente para otorgarlo, ya que también se debe tener en cuenta la personalidad del acusado y la naturaleza y modalidad del delito.

Consideró que la naturaleza del delito es supremamente grave, pues es pluriofensivo e interfiere con la seguridad, además las bandas del narcotráfico ponen en peligro a todos los ciudadanos.

Además ordenó compulsar copias para que se iniciara proceso de extinción de dominio del camión de placas SO1-361.

IV EL RECURSO

La defensa técnica presentó recurso de apelación. Argumenta que se debe conceder prisión domiciliaria al acusado porque cumple los requisitos exigidos para ello en el numeral 2 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004.

También aduce que el *a quo* no fundamentó su decisión de ordenar el comiso del vehículo en el que se transportaba la marihuana.

V NO RECURRENTES

La Fiscalía, el Ministerio Público solicitan se confirme la decisión impugnada.

VI CONSIDERACIONES

1. Competencia

De acuerdo con lo consagrado en el artículo 34 de la Ley 906 de 2004 esta Corporación es competente para resolver la impugnación, ya que en dicha norma se contempla que los Tribunales Superiores de Distrito Judicial conocen del recurso de apelación de los autos y sentencias que sean proferidas en primera instancia por los jueces de circuito.

2. Problema jurídico

En atención a lo expuesto por el impugnante la Sala debe dilucidar si el *a quo* se equivocó al no reconocer a favor del acusado la causal de prisión domiciliaria establecida en el numeral 2 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004. Al respecto sea lo primero expresar que las causales para conceder prisión domiciliaria son las mismas que sirven de fundamento para solicitar detención domiciliaria, en efecto, en el artículo 461 *ibídem* se establece lo siguiente: **“SUSTITUCIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA. El juez de ejecución de penas y medidas de seguridad podrá ordenar al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario la sustitución de la ejecución de la pena, previa caución, en los mismos casos de la sustitución de la detención preventiva”**. Las causales de sustitución de la detención preventiva están consagradas en el artículo 314 *ejusdem* norma que en su tenor literal reza como sigue:

“ARTÍCULO 314. SUSTITUCIÓN DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA. La detención preventiva en establecimiento carcelario podrá sustituirse por la del lugar de la residencia en los siguientes eventos:

1. Cuando para el cumplimiento de los fines previstos para la medida de aseguramiento sea suficiente la reclusión en el lugar de residencia, aspecto que será fundamentado por quien solicite la sustitución y decidido por el juez en la respectiva audiencia de imposición, en atención a la vida personal, laboral, familiar o social del imputado.

2. Cuando el imputado o acusado fuere mayor de sesenta y cinco (65) años, siempre que su personalidad, la naturaleza y modalidad del delito hagan aconsejable su reclusión en el lugar de residencia.

3. Cuando a la imputada o acusada le falten dos (2) meses o menos para el parto. Igual derecho tendrá durante los seis (6) meses siguientes a la fecha de nacimiento.

4. Cuando el imputado o acusado estuviere en estado grave por enfermedad, previo dictamen de médicos oficiales.

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

5. Cuando la imputada o acusada fuere madre cabeza de familia de hijo menor o que sufriende incapacidad permanente, siempre y cuando haya estado bajo su cuidado. En ausencia de ella, el padre que haga sus veces tendrá el mismo beneficio”.

La detención en el lugar de residencia comporta los permisos necesarios para los controles médicos de rigor, la ocurrencia del parto, y para trabajar en la hipótesis del numeral

En todos los eventos el beneficiario suscribirá un acta en la cual se compromete a permanecer en el lugar o lugares indicados, a no cambiar de residencia sin previa autorización, a concurrir ante las autoridades cuando fuere requerido y, adicionalmente, podrá imponer la obligación de someterse a

los mecanismos de control y vigilancia electrónica o de una persona o institución determinada, según lo disponga el juez.

El control del cumplimiento de la detención en el lugar de residencia estará a cargo del Inpec, el cual realizará un control periódico sobre el cumplimiento de la detención domiciliaria y reportará a la Fiscalía sobre sus resultados para que si se advierten violaciones a las condiciones impuestas por el Juez se puedan adoptar las correspondientes acciones.

PARÁGRAFO. *<Parágrafo modificado por el artículo 5 de la Ley 1944 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> No procederá la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario, por detención domiciliaria cuando la imputación se refiera a los siguientes delitos: Los de competencia de los jueces penales del circuito especializados o quien haga sus veces, tráfico de migrante (C. P. artículo 188); acceso carnal o actos sexuales con incapaz de resistir (C. P. artículo 210); violencia intrafamiliar (C. P. artículo 229); hurto calificado (C. P. artículo 240); hurto agravado (C. P. artículo 241, numerales 7, 8, 11, 12 y 15); abigeato (C. P. artículo 243); abigeato agravado (C. P. artículo 243-A); estafa agravada (C. P. artículo 247); uso de documentos falsos relacionados con medios motorizados hurtados (C. P. artículo 291); fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones de uso personal, cuando concurra con el delito de concierto para delinquir (C. P. artículos 340 y 365), o los imputados registren sentencias condenatorias vigentes por los mismos delitos; fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas (C. P. artículo 366); fabricación, importación, tráfico, posesión y uso de armas químicas, biológicas y nucleares (C. P. artículo 367); peculado por apropiación en cuantía superior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales (C. P. artículo 397); concusión (C. P. artículo 404); cohecho propio (C. P. artículo 405); cohecho impropio (C. P. artículo 406); cohecho por dar u ofrecer (C. P. artículo 407); enriquecimiento ilícito (C. P. artículo 412); soborno transnacional (C. P. artículo 433); interés indebido en la celebración de contratos (C. P.*

artículo 409); contrato sin cumplimiento de requisito legales (C. P. artículo 410); tráfico de influencia (C.P. artículo 411); receptación repetida, continua (C. P. artículo 447, inciso 1o y 3o); receptación para ocultar o encubrir el delito de hurto calificado, la receptación para ocultar o encubrir el hurto calificado en concurso con el concierto para delinquir, receptación sobre medio motorizado o sus partes esenciales, o sobre mercancía o combustible que se lleve en ellos (C. P. artículo 447, inciso 2o)”.

De la causal que se alega (numeral 2 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004), se encuentra acreditado que el procesado nació el **13 de junio de 1956**, o sea que tiene **65 años y 5 meses de edad**, pero ello no es suficiente para aceptarla, ya que también se debe analizar si **“su personalidad, la naturaleza y modalidad del delito”** hacen aconsejable su reclusión en el lugar de residencia.

En lo referente a la personalidad, naturaleza y modalidad del delito tenemos que la conducta punible que nos ocupa se encuentra descrita en el artículo 376 del Código Penal con el siguiente tenor literal:

***“Artículo 376.** El que sin permiso de autoridad competente, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas que se encuentren contempladas en los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas, incurrirá en prisión de ciento veintiocho (128) a trescientos sesenta (360) meses y multa de mil trescientos treinta y cuatro (1.334) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

Si la cantidad de droga no excede de mil (1.000) gramos de marihuana, doscientos (200) gramos de hachís, cien (100) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o veinte (20) gramos de derivados de la amapola, doscientos (200) gramos de droga sintética,

sesenta (60) gramos de nitrato de amilo, sesenta (60) gramos de ketamina y GHB, la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento ocho (108) meses de prisión y multa de dos (2) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la cantidad de droga excede los límites máximos previstos en el inciso anterior sin pasar de diez mil (10.000) gramos de marihuana, tres mil (3.000) gramos de hachís, dos mil (2.000) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o sesenta (60) gramos de derivados de la amapola, cuatro mil (4.000) gramos de droga sintética, quinientos (500) gramos de nitrato de amilo, quinientos (500) gramos de ketamina y GHB, la pena será de noventa y seis (96) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión y multa de ciento veinte y cuatro (124) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

La descripción del referido delito muestra que el legislador sujetó su gravedad a la cantidad de sustancias estupefacientes, de tal manera que entre mayor sea su volumen más fuerte debe ser la respuesta del Estado.

En el caso que se analiza la cantidad de marihuana que transportaba el sexagenario fue de **385.722,9 gramos**, la que es inmensamente mayor a la cantidad mínima de dicho estupefaciente (10.000 gramos) en el inciso de la norma citada (primero) en el que fija la punibilidad del referido comportamiento, situación que no puede soslayarse, en la medida que deja en evidencia que la naturaleza del delito cometido, dada su gravedad, torna razonable no conceder el sustitutivo solicitado.

La gran cantidad de marihuana que el acusado transportaba llegaría a manos de muchos consumidores, pues ese es el destino final del tráfico ilegal de sustancias estupefacientes, siendo obvio que sería muy grande el número de la población que sería afectada en su salud como consecuencia del comportamiento ilegal que nos ocupa, por lo que el daño generado a la sociedad colombiana y a la salud pública serían enormes.

La modalidad del delito cometido también impide conceder el sustitutivo solicitado, ya que la gran cantidad de marihuana incautada, la clase de vehículo en que estaba siendo transportada (un camión), la forma como iba camuflada (en un compartimiento recubierto de metal oculto entre dos carpas de lona negras simulando la carpa original del vehículo, dentro de 387 paquetes medianos rectangulares aforados en cinta adhesiva color beige), indican que el acusado se involucró con una organización criminal de traficantes de estupefacientes al por mayor de la que se ignora su desvinculación, por lo que permitir que cumpla la pena en su domicilio facilitaría que continúe prestándole servicios ilegales, máxime cuando la realidad muestra que las medidas de detención y prisión domiciliarias, por la falta de eficiente control estatal, se consideran por los delincuentes como libertades, y así las asumen, por ello a diario los medios de comunicación informan que sujetos con medidas de detención y prisión domiciliarias son capturados en flagrancia cometiendo delitos de diversa naturaleza, entre ellos tráfico de estupefacientes.

La decisión del acusado de involucrarse con una organización criminal de tráfico de estupefacientes al por mayor también revela rasgo de su personalidad incompatible con el sustitutivo de prisión domiciliaria, pues ello representa peligro futuro para la seguridad de la comunidad, tal como se establece en el artículo 310 de la Ley 906 de 2004, norma que en su tenor literal contempla como una de las causas de esa situación *“La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales”*. Respecto al análisis de la personalidad en la temática que nos ocupa pertinente es expresar que la Corte Constitucional en sentencia C- 910 de 2012 consideró lo siguiente:

“En primer lugar, el Artículo 27.2 de la Ley 1142 de 2007 consagra una medida de protección reforzada para los adultos mayores, en atención a su avanzada edad. La disposición no establece una prohibición respecto de las personas mayores de 65 años que tengan determinada personalidad, sino que al contrario, admite de manera general la medida sustitutiva respecto de este grupo. Lo que ocurre es que como todo beneficio, debe estar precedido de un juicio de suficiencia que comprende el análisis de elementos objetivos y subjetivos, incluyendo el de la personalidad. Es decir, el precepto no establece

un trato diferenciado entre los adultos mayores, sino que otorga y confiere un beneficio general para todos ellos.

En segundo lugar, la medida está en función de la idoneidad y eficacia de la detención preventiva para asegurar las finalidades de las medidas de aseguramiento en el caso particular, el eventual trato diferenciado entre los adultos mayores depende, no de la personalidad como tal, sino del conjunto de factores, objetivos y subjetivos, que determinan esta idoneidad y eficacia en la hipótesis específica sometida a consideración del juez penal. Bajo esta perspectiva, podría ocurrir incluso que cierto comportamiento reprobado socialmente, “haga conveniente la detención domiciliaria, en lugar de establecimiento carcelario.

*En tercer lugar, tampoco es cierto que el trato diferenciado entre los adultos mayores sea el resultado de la calificación de su personalidad. **La labor del juez no consiste en valorar las condiciones personales del imputado o acusado mayor de 65 años, sino en estructurar juicios de tipo prospectivo; se trata entonces de identificar aquellas características que inciden en el cumplimiento de los fines de las medidas de aseguramiento, para luego establecer si la detención domiciliaria tiene la potencialidad de asegurar estos objetivos.** Es decir, no se trata de examinar la personalidad porque en sí misma tenga interés para el operador jurídico, ni tampoco de clasificar a los individuos en función de sus rasgos personales, y mucho menos de establecer un estándar de personalidad con arreglo al cual se confiera el beneficio de la sustitución. Se trata únicamente de determinar en el caso concreto, el vínculo entre la detención domiciliaria y los fines de las medidas de aseguramiento.*

Finalmente, encuentra la Corte que conceder un derecho automático al

beneficio de la sustitución a este grupo poblacional, con fundamento exclusivo en su condición de adulto mayor, y prescindiendo de un análisis individualizado, es contrario al derecho a la igualdad.

En efecto, en virtud del numeral 1 del Artículo 314 del C.P.P., por regla general el beneficio de la sustitución está condicionado al análisis de las condiciones personales. De concluirse que los adultos mayores están exentos de este análisis, se estaría estableciendo un trato diferenciado injustificado entre los procesados en general, y este grupo de especial protección.

Ahora bien, aunque el tratamiento diferenciado es excepcionalmente admisible, e incluso en ocasiones necesario desde el punto de vista constitucional (como ocurre con las medidas de discriminación positiva), siempre debe estar justificado a partir de los siguientes parámetros: (i) la existencia de una disparidad fáctica entre los sujetos entre los que se establece la diferenciación; (ii) la relevancia jurídica de la diferencia, a la luz de los principios y valores que irradian el ordenamiento, de modo que se sustente en un criterio jurídicamente admisible y que no se sustente en un criterio prohibido; (iii) la conexidad directa y estrecha entre la diferencia y la medida; (iv) la razonabilidad del trato diferenciado, por sustentarse en un fin constitucionalmente válido, constituir una medida idónea y necesaria en términos de causalidad para obtener el fin propuesto, y existir una proporcionalidad estricta entre el beneficio obtenido y los derechos sacrificados.

En este caso particular, si bien los adultos mayores se encuentran en una particular situación de debilidad y vulnerabilidad que los diferencia de la población en general y que los hace sujetos de especial protección constitucional, una eventual medida diferenciadora que les confiera un derecho

automático a la sustitución, no guardaría relación directa con sus particularidades ni con su condición específica. La razón de ello es que por regla general el factor objetivo de la edad, por sí solo es suficiente para asegurar las finalidades de las medidas de aseguramiento; por el contrario, dependiendo de distintas circunstancias, las personas mayores de 65 años están en la capacidad de eludir el proceso judicial y el cumplimiento de la pena, poner en peligro a la sociedad o a las víctimas, o entorpecer el normal desarrollo del proceso.

1.1. La discriminación de los adultos mayores frente a los demás grupos de protección especial.

Esta Corporación considera que el precepto demandado no vulnera el derecho a la igualdad de los adultos mayores frente a los demás grupos de especial protección contemplados en el Artículo 314 del C.P.P. En efecto, el reproche de constitucionalidad parte del falso supuesto de que estos grupos tienen un derecho incondicionado a la sustitución de la detención intramuros por la domiciliaria, no sujeto al juicio de suficiencia ni al examen de las condiciones personales del imputado o acusado.

No obstante, incluso respecto de estos grupos de especial protección, la decisión sobre la sustitución está precedida de un juicio de suficiencia que comprende las condiciones personales del procesado. Esto significa que no solo respecto de los adultos mayores, sino también respecto de las mujeres próximas al parto o con posterioridad a este, las personas gravemente enfermas, y los padres y madres cabeza de familia con menores o incapaces permanentes a su cargo, se emprende este tipo de estudio.

Así lo entendió esta Corporación en la Sentencia C-318 de 2008¹, cuando sostuvo que los grupos de especial protección contemplados en los numerales 2, 3, 4 y 5 del Artículo 314 del C.P.P. podían beneficiarse de la sustitución, incluso cuando el delito investigado fuera uno de los contemplados en el párrafo del Artículo 27 de la Ley 1142 de 2007, pero “siempre y cuando el peticionario fundamente, en concreto que la detención domiciliaria no impide el cumplimiento de los fines de la detención preventiva, en especial respecto de las víctimas del delito”. En estas circunstancias, estas personas no tienen un derecho incondicionado, sino que al igual que en el caso de los adultos mayores, el beneficio está precedido del examen de la personalidad.

Así también ha sido entendido por la justicia ordinaria y la doctrina. Así, la Corte Suprema de Justicia ha denegado a imputados o acusados que pertenecen a estos grupos, con fundamento, justamente, en la personalidad. En un fallo del 22 de septiembre de 2010² se negó el beneficio a un acusado que argumentaba la existencia de una grave enfermedad, pues pese a las dolencias que lo aquejaban, su personalidad inclinada al crimen y a la violencia en la región ponía en peligro a las víctimas y a la comunidad en general. Al respecto sostuvo lo siguiente:

“Por otra parte, su personalidad, por largos años inclinada al crimen y a la violencia en la región del Magdalena media (...) es otro factor que a todas luces hace improcedente la medida, más aún si se considera cómo, de forma paradójica, el defensor solicitó que el lugar de reclusión sea el mismo donde por mucho tiempo su defendido ejerció la violencia y donde, como es lógico, se encuentran no solamente sus víctimas directas e indirectas, sino posiblemente sus propios subalternos quienes aún le guardan fidelidad”.

¹M.P. Jaime Córdoba Triviño

²Exp. 33579, M.P. Alfredo Gómez Quintero.

De este modo, la Corte Suprema de Justicia ha entendido que la mera pertenencia de un individuo a uno de los grupos de especial protección contemplados en los numerales 2, 3, 4 y 5 del Artículo 314 del C.P.P. es insuficiente para conceder el beneficio de la sustitución, y que en todo caso se debe efectuar el juicio de suficiencia que comprende el análisis individualizado del imputado o acusado.

Ahora bien, aunque en todo caso el beneficio de la sustitución domiciliaria debe sustentarse en un juicio de suficiencia que se efectúa a partir de elementos objetivos y subjetivos, la importancia o el “peso” que tiene la personalidad del imputado o acusado en este test, puede ser mayor o menor. En la hipótesis prevista en el numeral 4, referida a las personas gravemente enfermas, la condición objetiva de la enfermedad sirve, casi que por sí misma, para asegurar los fines de la medida de aseguramiento; la razón de ello es que por regla general las enfermedades graves imposibilitan físicamente o al menos obstaculizan de manera significativa, el ataque a la sociedad o a las víctimas, o la elusión o el entorpecimiento del proceso judicial. De igual modo, usualmente la proximidad del parto desvanece sensiblemente la posibilidad y el interés por poner en peligro los fines de las medidas de aseguramiento. En todas estas hipótesis, el peso de la personalidad puede ser secundario, dependiendo de la repercusión que tengan la enfermedad, la proximidad del parto, la maternidad o las responsabilidades inherentes a la crianza y cuidado de los menores e incapaces permanentes.

Por el contrario, la edad es un factor con un menor peso relativo en el juicio de suficiencia. La razón de ello es que aunque la edad puede poner al sujeto en una condición de debilidad, esta no tiene necesariamente tal dimensión o tal entidad, como para asegurar la comparecencia al proceso penal, el cumplimiento de la eventual pena, la integridad de las víctimas

y de la sociedad o el normal desenvolvimiento del juicio. Es decir, la trascendencia de este factor es contingente.

Esta es justamente la razón que explica la referencia explícita a la personalidad contenida en el numeral 2 del Artículo 27 de la Ley 1142 de 2007, pues si bien en todos los casos las condiciones personales son necesarias en el juicio de suficiencia, el peso que estas tienen en el caso de los adultos mayores puede ser sustancialmente mayor que en las hipótesis contempladas en los numerales 3, 4 y 5 del mismo precepto”.

Como consecuencia de lo expuesto se confirmará el proveído impugnado, no obstante, no sobra expresar que el preacuerdo, avalado por el *a quo*, ignoró lo establecido en el **parágrafo del artículo 301 de la Ley 906 de 2004**, ya que el acusado fue capturado en flagrancia.

La mencionada norma, modificada por el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, en su tenor literal dice: ***“La persona que incurra en las causales anteriores (flagrancia) sólo tendrá ¼ del beneficio de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004”.***

Se destaca que la Corte Constitucional en la Sentencia C-645 de 2012 declaró exequible dicho parágrafo ***“en el entendido de que la disminución en una cuarta parte del beneficio punitivo allí consagrado, debe extenderse a todas las oportunidades procesales en las que es posible al sorprendido en flagrancia allanarse a cargos y suscribir acuerdos con la Fiscalía General de la Nación, respetando los parámetros inicialmente establecidos por el legislador en cada uno de esos eventos”.***

Además, la Corte Constitucional en la sentencia SU-479-19 expuso que el artículo 301 de la Ley 906 de 2004 modificado por el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011 deja en evidencia que el legislador consideró que **“la flagrancia no puede ser premiada”**, y que es **“una circunstancia que debe condicionar el proceso de negociación, ya que tiene una incidencia directa en la tasación de la pena que haga el fiscal”**, las palabras de dicha Corporación fueron del siguiente tenor:

*“[r]especto de las rebajas permitidas en los casos de flagrancia, el artículo 301 del C.P.P. permite a esta Corte inferir que el acusado, al haber sido capturado en flagrancia, “sólo tendr(ía) ¼ del beneficio de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004”, disposición que contempla los beneficios que pueden otorgarse en un escrito de acusación o un preacuerdo cuando hay aceptación de cargos. **Esta disposición evidencia que el legislador consideró que la flagrancia no puede ser premiada, y, por eso se trata de una circunstancia que debe condicionar el proceso de negociación, ya que tiene una incidencia directa en la tasación de la pena que haga el fiscal.***

*Como lo menciona la juez de primera instancia, el analizar su situación frente a otros procesados a quienes, por haber sido capturados en flagrancia, posiblemente se les ha aplicado estrictamente la norma anterior (no habrán rebajas de pena mayores al 12.5% cuando haya flagrancia y se celebre un preacuerdo) permite advertir que, en este caso, la amplia discrecionalidad del ente acusador al emplear estos mecanismos de justicia consensuada puede llegar **a poner en riesgo la igualdad ante la ley y, con ella, el prestigio de la administración de justicia** (resaltado fuera del texto original).*

Lo razonable es que el premio por aceptación de cargos en cualquier modalidad, para el capturado en flagrancia, sea **sustancialmente menor** respecto al que merece quien no fue aprehendido en esa circunstancia, debido al menor desgaste que implica para la administración de justicia saber desde el principio de la investigación quién es el probable responsable del delito. Al respecto es pertinente memorar que la Corte Constitucional en la Sentencia C-645/12 cuando declaró exequible el párrafo del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011 adicionado al artículo 301 de la Ley 906 de 2004 expuso lo siguiente:

“9.3. Como se indicó, la redacción del párrafo del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, hace referencia únicamente a que en caso de flagrancia, “sólo tendrá ¼ del beneficio de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004”, norma que consagra las modalidades de aceptación de cargos y preacuerdos o negociaciones durante la audiencia de formulación de la imputación.

*La iniciativa del legislador, como quedó visto, se encaminó a luchar contra la criminalidad y eliminar la impunidad y, en particular, tratándose de la norma demandada, **evitar que la persona sorprendida en flagrancia que acepta cargos o preacuerda con la Fiscalía obtenga el mismo beneficio que aquella que no lo es, pero decide colaborar con la administración de justicia.***

Tal medida, prima facie, no desconoce el principio de igualdad al establecer esa limitación de los beneficios para las personas sorprendidas en flagrancia, porque como se ha expresado profusamente, no es equiparable su colaboración para reducir el desgaste del Estado, frente a aquella persona que, voluntariamente adelanta la misma actuación, sin existir dicha flagrancia.

*En consecuencia, según el legislador, acorde con la jurisprudencia reseñada, **los beneficios punitivos no pueden ser equiparables entre el individuo sorprendido en flagrancia y aquel que no lo es, cuando hay allanamiento o aceptación de cargo y preacuerdos o negociaciones, toda vez que en el primer evento el eventual desgaste de la administración de justicia en principio resultaría siendo menor*** (negrillas fuera del texto original).

La referida falencia en el preacuerdo de marras implicó vulneración al debido proceso, en la medida que condujo a proferir sentencia **omitiendo aplicar**, sin explicación alguna, lo contemplado en el parágrafo del artículo 301 de la Ley 906 de 2004, lo que deja en evidencia la ilegalidad del pacto avalado por el *a quo*.

El aludido error no se puede subsanar, ya que sólo la defensa apeló la sentencia de primera instancia, situación que impone respetar el principio de *non reformatio in pejus* establecido en el artículo 31 de la Constitución Política, según el cual **“El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único”**, agravación que ocurriría si se anula lo actuado, pues ello implicaría que al aplicarse lo contemplado en el parágrafo del artículo 301 de la Ley 906 de 2004 la pena a descontar sea sustancialmente más alta que la impuesta en el proveído impugnado.

Antes de terminar se debe expresar que la glosa del impugnante referente al vehículo en el que se transportaba la marihuana, parte del error de creer que el *a quo* ordenó el **comiso** del mismo. No se percató el impugnante que lo decidido por el juez de primera instancia al respecto fue **compulsar copias** para que se iniciara proceso de **extinción de dominio** de dicho rodante. Ese dislate impide a la Sala hacer pronunciamiento de fondo respecto al tópico en mención.

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

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR**, en lo que fue objeto de apelación, la sentencia del 17 de septiembre de 2021 proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Tuluá, en la cual condenó a LUIS EVERARDO GUTIÉRREZ ROJAS como autor de un delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

En atención a lo consagrado como medidas sanitarias contra la pandemia del COVID 19, notifíquese por correo electrónico esta providencia, contra la cual procede recurso de casación que se podrá interponer dentro de los cinco (5) días siguientes a la última notificación.

En atención a lo consagrado como medidas sanitarias contra la pandemia del COVID 19, notifíquese por correo electrónico esta providencia, contra la cual procede recurso de casación que se podrá interponer dentro de los cinco (5) días siguientes a la última notificación.

CÚMPLASE

Los Magistrados,



JOSE JAIME VALENCIA CASTRO

76-834-60-00-187-2020-01536-01

CON PERMISO

MARTHA LILIANA BERTÍN GALLEGO

76-834-60-00-187-2020-01536-01



JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

76-834-60-00-187-2020-01536-01

Claudia Patricia Barbosa Sarria

Secretaria