



JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE SALAMINA

SENTENCIA PENAL DE PRIMERA INSTANCIA No. 014

Salamina - Caldas, diecinueve (19) de mayo de dos mil veinte (2020).

Radicación 17-653-60-00-074-**2020-00003-00** (Int. 2020-00014-00)

I. ASUNTO

Emitir sentencia anticipada –vía preacuerdo- dentro del proceso adelantado en contra del señor **ALBERTO ARIAS MARÍN**, en calidad de cómplice, por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, verbo rector: vender; hechos en los que figura como ofendida la salud pública.

II. HECHOS

El día 13 de febrero de 2020, siendo las 6:35 a.m, personal de la unidad básica de investigación criminal de Salamina, Caldas, materializaron una diligencia de allanamiento y registro, respecto al inmueble ubicado en la vereda Amoladora del Hoyo, finca la Esperanza, toda vez que dos fuentes humanas indicaron que en dicha vivienda el señor Alberto Arias Marín se dedicaba al almacenamiento, dosificación y expendio de sustancias estupefacientes. Al iniciar con el procedimiento, fue hallada en la habitación principal, debajo de una cama, una bolsa plástica de color negro, contentiva de una sustancia vegetal con características similares al estupefaciente conocido como marihuana, así como 29 envolturas plásticas, en cuyo interior contenían una sustancia sólida, de color beige, similar al

estupefaciente conocido como bazuco. De igual manera, fue encontrada, en la segunda habitación, encima de una nevera, 1 gramera digital SCALE, color gris y una olla de color aluminio, la cual contenía un recipiente en plástico, con balines de plomo y 2 cartuchos calibre 16. Finalmente, en la parte trasera de la mencionada nevera, se halló 1 escopeta sin marca, de fabricación artesanal, calibre 16, en consecuencia, el precitado señor fue capturado y puesto a disposición de la autoridad judicial competente. Las sustancias incautadas, resultaron en prueba preliminar y de laboratorio, positivas para **cannabis y sus derivados, con un peso neto de cincuenta y nueve gramos punto cero miligramos (59.0 gramos) y para cocaína y sus derivados con un peso neto de siete gramos punto nueve miligramos (7.9 gramos). (Fls. 39 a 41).**

III. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESADO

ALBERTO ARIAS MARÍN, Identificado con cédula de ciudadanía No. 15.956.241 de Salamina, Caldas, nació el 5 de octubre de 1956 en el mismo municipio, con 63 años de edad, hijo de María Elvia y José Alcides, de estado civil: casado, grado de escolaridad: segundo de primaria, de ocupación: agricultor y residente en la finca la Esperanza, vereda la Amoladora del Hoyo, quien se encuentra privado de la libertad por cuenta de este proceso, en la cárcel de este municipio.

IV. TRÁMITE PROCESAL

El día 13 de febrero de 2020, ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal, en Función de Control de Garantías de esta localidad, por solicitud de la Fiscalía Seccional, se llevaron a cabo las audiencias preliminares, efectuándose la legalización de la diligencia de allanamiento, de los elementos materiales probatorios incautados y de la aprehensión del encartado, luego se formuló imputación en contra del señor **ALBERTO ARIAS MARÍN** por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, verbo rector: vender, consagrado en el artículo 376 inciso 2 del C.P, en calidad de

autor y en la modalidad dolosa, cargos que no fueron aceptados por aquel, a quien se le impuso la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

El día 24 de marzo de 2020, la Fiscalía Seccional de esta localidad, presentó el libelo acusatorio, solicitando adelantar la audiencia de formulación de acusación, la cual se fijó para el día 2 de abril de 2020, calenda en la que el ente fiscal indicó que se había llegado a un preacuerdo y que los términos del mismo consisten en que el procesado acepta los cargos que le fueron imputados y a cambio se le degrada el grado de participación de autor a cómplice, pactándose una pena de 32 meses de prisión y multa de 1 S.M.L.M.V, convenio al que accedió este Judicial, al no avizorar desconocimiento de garantías fundamentales, ni soslayo del principio de legalidad.

Acto seguido se realizó la respectiva audiencia de individualización de pena, contemplada en el artículo 447 del C.P.P, en la cual la fiscalía se refirió a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del acusado, así como la determinación de pena a imponer y concesión de subrogados o sustitutos, indicando que la pena es la contemplada en el preacuerdo y que el encartado no tiene antecedentes penales, además dejó a criterio de este Juzgado la concesión de subrogados o sustitutos penales. Por su parte, el defensor solicitó que se concediera en favor de su representado la prisión domiciliaria transitoria, toda vez que la misma se puede otorgar cuando se trate de personas que hayan cumplido 60 años y el procesado tiene 63, además la pena privativa de prisión no es mayor de 5 años y la única exclusión es cuando se trate del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado, lo cual no sucede en este caso.

V. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Problema Jurídico

1. Se centra en establecer, si en el presente evento es procedente proferir sentencia condenatoria por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (verbo rector: **vender**), en contra del señor **ALBERTO ARIAS MARÍN**, al aceptar los cargos formulados por el ente fiscal, de manera consensuada, en calidad de cómplice.

TÉRMINOS DEL PREACUERDO

2. En la respectiva audiencia, celebrada el 2 de abril de 2020, el ente fiscal al narrar de una manera sucinta los hechos materia de investigación y el delito endilgado, indicó que los términos del preacuerdo consisten en que el procesado acepta la imputación y a cambio se degrada la participación a complicidad, obteniendo una rebaja del 50% de la pena a imponer, esto es, de 32 meses de prisión y multa de 1 salario mínimo legal mensual vigente.

De la aceptación de cargos de forma unilateral o bilateral.

3. La aceptación de cargos que hace el imputado o el acusado en las diferentes etapas del proceso, debe regirse por tres postulados, en especial: **i)**. Que no se afecten garantías fundamentales. **ii)**. Que esa aceptación se haga de manera libre, espontánea, voluntaria y debidamente asesorada. Y **iii)**. Que exista mínima prueba de tipicidad y autoría.

Es decir, el procesado al aceptar los cargos imputados, ya de manera unilateral o de forma bilateral, renuncia a una de las etapas del proceso y en contraprestación por esa manifestación, recibe una disminución de la pena a imponer, dependiendo, claro está, de la etapa procesal en la que ocurre ese allanamiento, así como lo concerniente a si el imputado fue o no capturado en situación de flagrancia. Por consiguiente, una vez aceptados los cargos y al verificarse que no se desconocieron garantías fundamentales, aunado a que no ocurrió el fenómeno de la retractación¹ por vicios del

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de febrero 13 de 2013, radicado 39707, M.P. María del Rosario González Muñoz: *“En estas condiciones, se reitera, la manifestación desconocedora de la aceptación de responsabilidad resulta válida siempre y cuando el imputado la presente debidamente soportada en la ocurrencia de un vicio del consentimiento o en la violación de garantías fundamentales, debiendo*

consentimiento o por desconocimiento de garantías fundamentales, adviértase que la sentencia será condenatoria.

Sobre las verificaciones que debe hacer el funcionario judicial en torno a la salida concertada, ha dicho la Corte Suprema de Justicia²:

“En lo que concierne a los jueces, es de su competencia constatar que: (i) el procesado fue debidamente informado acerca de las consecuencias de someterse a la terminación anticipada de la actuación penal, actuó libremente, estaba en capacidad de disponer de sus derechos, etcétera; (ii) el acuerdo es suficientemente claro, especialmente en lo que atañe a los beneficios concedidos al procesado, según lo indicado en el numeral 6.1.2., (iii) existe “un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad”, lo que está orientado a salvaguardar la presunción de inocencia, tal y como lo dispone expresamente el artículo 327 de la Ley 906 de 2004; (iv) se respetaron los límites establecidos por la ley en materia de beneficios; (v) se acataron las prohibiciones de conceder este tipo de prerrogativas frente a algunos delitos; (vi) se realizó el reintegro de que trata el artículo 349 de la Ley 906 de 2004; (vii) se garantizaron los derechos de las víctimas; etcétera. En idéntico sentido, CSJSP, 8 jul. 2009, Rad. 31280”. (Subrayas propias).

Ahora, téngase en cuenta que la figura jurídica del preacuerdo tiene como finalidad humanizar la actuación procesal y penal; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados por el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso, la fiscalía y el imputado o acusado, según el evento del estadio procesal; podrán llegar a ese consenso de terminación anormal del proceso con ciertos beneficios permitidos por la Ley.

En virtud del artículo 351 del C.P.P inciso 4, *“los preacuerdos celebrados entre Fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales”* y del cual, acto seguido se debe entrar a dictar sentencia que en derecho corresponda, que como se itera, se dará siempre y cuando se advierta que la negociación haya ocurrido sin vicios del consentimiento, es decir, voluntaria, libre, consciente, informada y debidamente asesorada por su defensor y sin que concurran el desconocimiento de garantías fundamentales.

expresarla, en todo caso, en el momento de celebrarse la audiencia regulada en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004 o posteriormente, siempre y cuando invoque motivo distinto al alegado en dicha diligencia...”

² Sentencia del 27 de febrero de 2019, radicado SP594-2019, 51.596, M.P. Patricia Salazar Cuellar.

Además, ese pacto es un acto consensual entre las partes, los incisos 1º y 2º del artículo 350 e inciso 2º del artículo 351 de la Ley 906 de 2004, permiten a éstas hacerlo recaer en la eliminación de la acusación de alguna causal de agravación punitiva o algún cargo específico y la tipificación de una conducta dentro de su alegación conclusiva con el fin de disminuir la pena, acordar lo referente a los hechos y sus consecuencias, el quantum punitivo a imponer en la determinación de la pena³. Por ello, *“si hubiere un cambio favorable para el imputado con relación a la pena por imponer, esto constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo”* (artículo 351 inc 2 del C.P.P). Igualmente, la citada figura sólo se puede presentar a partir de la audiencia de formulación de imputación y hasta antes de presentarse el escrito de acusación (art. 350 id.) y después de presentado éste y hasta el momento en que sea interrogado el enjuiciado al inicio del Juicio oral (art. 352 *ejusdem*).

Entonces, según el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio. Como quiera que el presente asunto trasegó por la senda abreviada, el sustento para el fallo de culpabilidad se debe buscar en los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, que hayan sido recaudados por la fiscalía a través de su personal investigativo, a fin de que la justicia aplicada al caso no sea apenas formal sino en esencia material, pues la condena no puede fundamentarse en la simple y llana confesión hecha por el procesado, sino que a la par deben existir los elementos suasorios que respalden esa autoincriminación, a fin de que la potestad punitiva del Estado no se ejerza de forma arbitraria, caprichosa e infundada, sino de manera racional, razonable y objetiva.

Existencia del delito y responsabilidad penal.

³ “Estas negociaciones entre la fiscalía e imputado o acusado no se refieren únicamente a la cantidad de pena imponible sino, como lo prevé el inciso 2º del artículo 351, a los hechos imputados y sus consecuencias, preacuerdos que “obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebrantes las garantías fundamentales” Auto del 20 de noviembre de 2013, radicado 41.570 M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

Ninguna duda se alberga en torno a la ocurrencia del ilícito y la responsabilidad penal del inculcado en el comportamiento delictual achacado, por el contrario, los rudimentos de prueba recaudados son enfáticos e inequívocos en señalarle como la persona a la que ese 13 de febrero de 2020 le fueron halladas en su residencia unas sustancias con características similares a los estupefacientes conocidos como marihuana y cocaína así como una gramera digital SCALE, de color gris, tras efectuarse una diligencia de allanamiento y registro, alcaloides cuya cantidad y calidad narcótica fue corroborada y al juzgar por su pesaje, distribución e información inicial, estaban dispuestos para su mercadeo, más no para el consumo personal del encartado.

Es así como obra dentro del dossier, el Informe ejecutivo fpj3, en el que se da a conocer que dos fuentes humanas se acercaron a las instalaciones policiales e informaron sobre la existencia de tres inmuebles, ubicados en la vereda la Amoladora del Hoyo de esta localidad, en los que, al parecer, sus moradores, incluyendo el señor Alberto Arias Marín, se dedicaban a la comercialización de sustancias estupefacientes.

La primera de ellas afirmó que en esos inmuebles se encargaban de almacenar, dosificar y vender sustancias ilícitas a los consumidores y que su modus operandi consistía en que *“el que necesite comprarles algún tipo de estupefaciente les toca la puerta, les silva, les escriben a los celulares o los llaman, el consumidor se queda esperando de 30 a 50 segundos mientras ALBERTO hace el intercambio del estupefaciente por el dinero y posteriormente lo despacha personalmente de manera muy disimulada, como si estuvieran saludando de la mano a las personas, pero es en ese momento en el que alias ALBERTO hace el intercambio del estupefaciente por el dinero”*⁴.

En el mismo informe y en la entrevista fpj-14⁵, se deja al descubierto que otro informante asegura que desde su residencia el señor Alberto Arias Marín se dedicaba a la actividad ilícita de la venta de sustancias estupefacientes, así:

⁴ Fl. 8 cuaderno fiscalía.

⁵ Fls. 9 a 11 cuaderno fiscalía.

“Tengo conocimiento sobre la venta de sustancias estupefacientes, en el sector de la Moladora del Hoyo, en una finca, pero no sé cómo se llama, por una persona de sexo masculino que conocen en el sector como ALBERTO, alias CUARTAS, él incluso me ha traído marihuana hasta el municipio de Salamina, él también vende bazuco; a la finca de él arriman muchas personas, tengo conocimiento que él tiene gramera y la licuadora donde tritura el bazuco, mantiene pasado a esa sustancia estupefaciente.

Él le ha traído bazuco y marihuana a dos personas del pueblo, quienes son mecánicos, uno de ellos de nombre RAMIRO y el otro es conocido como PARRA, ellos una vez reciben esa sustancia (bazuco), comienzan a distribuirla por todo el pueblo”.

Nótese pues que aquellos coincidieron en los datos de la morada, la mercancía prohibida y la forma como es distribuida por el inculpado, a quien señalaron sin dubitación alguna.

Se cuenta igualmente con la orden de allanamiento y registro, en la que se indican las características del inmueble objeto de allanamiento, la finalidad de dicho procedimiento y las circunstancias de necesidad, idoneidad y proporcionalidad del mismo⁶.

A través del informe de investigador de campo fpj-11 y de las actuaciones en allanamiento y registros fpj-33, se dieron a conocer todos los pormenores del operativo, de la siguiente manera⁷:

“Al llegar al sitio indicado (FINCA LA ESPERANZA), siendo las 6:35 horas se observa la puerta de la vivienda abierta y de forma inmediata se ingresa al inmueble a fin de evitar que oculten EMP o EF. Una vez dentro del lugar se reúnen todas las personas en la sala, a quienes se les explica el motivo de la diligencia y la autoridad que la ordena, allí se encontraban; la señora MARÍA BELLY HERNÁNDEZ REYES, JONATHAN ANDRÉS HERNÁNDEZ ARIAS y seguidamente, en compañía del señor ALBERTO ARIAS MARÍN, se inicia el registro en la habitación principal, hallando debajo de la cama, una bolsa plástica de color negro, cuyo interior contiene sustancia vegetal compuesta por hojas, tallos y semillas, similar al estupefaciente conocido como marihuana, evidencia No 1, dentro de esta misma bolsa se hallan 29 envolturas bolsas plásticas transparentes con cierre hermético, cubriendo sustancia sólida, pulverulenta, de color beige, con olor y características similares al estupefaciente conocido como bazuco, a la cual se denominó evidencia No 2, se continúa con el registro en la segunda habitación y encima de la nevera se halla 01 gramera digital SCALE de color gris, evidencia No 3....”

Dichas sustancias incautadas resultaron en prueba preliminar de PIPH, positivas para **cannabis y sus derivados, con un peso neto de cincuenta y nueve gramos miligramos (59 gramos) y para cocaína y sus derivados con un**

⁶ Fls. 12 a 16 cuaderno fiscalía.

⁷ Fls. 20 a 21 y Fls. 23 a 25 cuaderno fiscalía.

peso neto de siete gramos punto nueve miligramos (7.9 gramos). (Fls. 39 a 41), mismas que fueron confirmadas a través de sendos informes periciales (Fls. 69 a 73).

Ahora, para tener completa certeza de la identidad del procesado y no incurrir en errores judiciales, se realizó el informe de investigador de laboratorio, a través del cual se pudo establecer plenamente que el procesado es el señor **ALBERTO ARIAS MARÍN**, portador de la cédula de ciudadanía número 15.956.241 (Fl. 62), contándose además con el arraigo, a través del cual se pudo constatar aquella identidad, teniendo en cuenta su descripción morfo-cromática.

Tampoco se avizora un ánimo malsano de parte de los policiales que participaron en la aprehensión del encartado, pues no se tiene constancia que con anterioridad hayan tenido desavenencias, como para pensar en un posible motivo de animadversión, máxime si el operativo se realizó con respaldo en una orden de allanamiento y registro y respetando todas las garantías del señor Arias Marín, es decir, no fue algo subrepticio o de querer involucrar a aquel, de manera injusta en estos hechos.

Por último, se tiene que el encausado, sin ambages ni dubitaciones aceptó el cargo enrostrado vía preacuerdo, cuando se estaba ad portas de realizarse audiencia de formulación de acusación, sin que se vislumbrara vulneración alguna de garantías fundamentales o se desprendiera un vicio del consentimiento, tanto así que ello fue objeto de verificación por parte de este funcionario judicial. En síntesis, los elementos materiales probatorios aportados, la evidencia física y la información legalmente obtenida, demuestran la existencia de la conducta punible y la responsabilidad del hoy enjuiciado de cara al delito contra la salud pública.

Se trata entonces de una conducta típica, como quedó expuesto en líneas precedentes, en la que el encartado actuó con dolo, pues conocía la ilicitud y voluntariamente quiso el resultado, situación que se acredita con la forma en que fue hallado el material ilícito, aunado a que vulneró sin justa

causa el bien jurídico de la salud pública, constituyendo así el injusto; por último, se tiene que el procesado es una persona mayor de edad, en pleno goce de sus facultades mentales, identificado a plenitud, quien operó con conciencia de la antijuridicidad de su comportamiento, siéndole exigible atender el llamado de la norma para actuar conforme a derecho y no contrario a éste, situación demasiado clara para definir que es sujeto activo imputable. Por todo lo anterior, se le declarará responsable a título de **CÓMPLICE** de la ilicitud enrostrada.

VI. CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LA CONDUCTA Y TASACIÓN PUNITIVA

1. El señor **ALBERTO ARIAS MARÍN**, debe responder por un delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, contemplado en el artículo 376, inciso 2º del Código Penal, Modificado Ley 1453 de 2011, art. 11º, que a la letra dice: “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... Si la cantidad de droga no excede de mil (1.000) gramos de marihuana, doscientos 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...la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento (108) meses de prisión y multa de dos (2) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

En consecuencia, se proferirá sentencia de carácter **CONDENATORIO**, en contra del precitado señor, por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, **verbo rector: vender**.

2. En la negociación se degradó la modalidad de participación de autor a cómplice, pactándose la pena a imponer con una rebaja del 50 %, partiendo del mínimo de ésta, esto es, **32 meses de prisión, al igual que la pena de multa en 1 S.M.L.M.V (o lo que es igual 24,65 UVT)**, por lo cual no será necesario acudir al sistema de cuartos, sino que dicho monto será el que se imponga como sanción aflictiva, teniendo en cuenta que la pena mínima

prevista en la ley para el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, parte de 64 meses de prisión y multa de 2 S.M.LM.V y al aplicar lo consagrado en el artículo 30 inciso 2 del C.P, la misma queda en los guarismos ya descritos.

La inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas se le impondrá por un período igual a la pena privativa de la libertad impuesta, acorde con los lineamientos del inciso 3° del art. 52 del Código Penal, en armonía con el art. 44 de la misma obra.

VII. DE LOS MECANISMOS SUSTITUTIVOS.

De conformidad con el artículo 63 del Código Penal, modificado por el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014, la ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera instancia, segunda o única instancia, se suspenderá por un periodo de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurren los siguientes requisitos: *"(1). Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años. (ii). Si la persona carece de antecedentes penales y no se trata de uno de los delitos contenidos en el inciso 2° del artículo 68A de la Ley 599 de 2000, el juez de conocimiento concederá la medida con base solamente en el requisito objetivo señalado en el numeral 1 de este artículo. (iii). Si la persona condenada tiene antecedentes penales por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores, el juez podrá conceder la medida cuando los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena"*.

En el presente caso, se tiene que no se reúnen las exigencias atrás expuestas para concederle al señor **ALBERTO ARIAS MARÍN** este sucedáneo, pues pesa a que la sanción es inferior a 4 años, el delito atribuido y aceptado se encuentra enlistado en las prohibiciones del Artículo 68A Ídem.

2. Ahora, en cuanto a la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, en términos de los artículos 38 y 38B del Código Penal, modificados y adicionados por los artículos 22 y 23 de la Ley 1709 de 2014, respectivamente, tampoco es procedente su concesión, pues aunque se reúne el primer presupuesto objetivo, toda vez que la pena mínima prevista en la ley para el

delito por el que hoy es inculpado el señor Arias Marín es inferior a 8 años -64 meses-, también es cierto que el ilícito de tráfico de estupefacientes se encuentra excluido de este beneficio, según lo estipula el Artículo 68A de la Obra Penal, lo que riñe con el numeral 2º del artículo 38B Ídem: “Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2º del artículo 68A de la Ley 599 de 2000”. Y en tal sentido, dice la mencionada disposición, que a su vez fue modificada por el artículo 32 de la Ley 1709 de 2014: “...delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones...”, entre los que debe tenerse en cuenta, inexorablemente, todos aquellos comportamientos que alimenten la comercialización de esas sustancias, incluida **la venta**. Queda claro entonces que se encuentra marginado y por tal razón tampoco es procedente el otorgamiento de la prisión domiciliaria.

Y es que si se examina tal conducta en sede de culpabilidad (actuar contrario a derecho pudiendo hacerlo de conformidad, lo que genera el reproche social), la venta de sustancias alucinógenas no solo trae destrucción a las personas que las consumen, sino que además hace sucumbir los hogares y las familias, aunado a que la delincuencia aumenta, en particular, los delitos contra el patrimonio económico y la misma vida e integridad personal pierde sentido por la disputa de los territorios en lo que se expende ese flagelo, sin olvidar, los graves problemas económicos que una actividad de esa jaez produce en la economía del país, razones para estimarla pluri-ofensiva.

Se trata entonces de cumplir con los fines de la pena, entre ellos, la prevención general y la retribución justa⁸, que no son otra cosa que comunicar a la sociedad en general, que la ley penal está vigente, es decir, que injustos como el que hoy nos ocupan, amén de su gravedad, serán castigados de manera drástica, para que el conglomerado sienta confianza en el derecho y pueda crear respuestas de respeto al ordenamiento jurídico. Lo anterior, por cuanto, un tratamiento benévolo llevaría un mensaje contrario a los asociados de que ha flaqueado la justicia, estimularía a otros a seguir el mal ejemplo, quienes advertirían la posibilidad de delinquir sin recibir la sanción que amerita su reprobable proceder. De lo anterior se concluye

⁸ Cfr. Artículo 4 del Código Penal.

entonces que, las funciones de la pena deben de encontrar eco, en particular, la prevención general y especial y teniendo en cuenta además lo consagrado en los artículos 22 y 23 de la Ley 1709 de 2014, no se concederá la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, como ya se había indicado.

PRISIÓN DOMICILIARIA TRANSITORIA

3. Como bien es sabido, en el contexto del Estado de excepción de emergencia sanitaria generado por la pandemia COVID-19 (enmarcado en el Artículo 215 Constitucional), el Gobierno Nacional de Colombia promulgó el Decreto Legislativo 546 del 14 de abril de 2020, *"Por medio del cual se adoptan medidas para sustituir la pena de prisión y la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimientos penitenciarios y carcelarios por la prisión domiciliaria y la detención domiciliaria transitorias en el lugar de residencia a personas que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad frente al COVID-19, y se adoptan otras medidas para combatir el hacinamiento carcelario y prevenir y mitigar el riesgo de propagación, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*.

El artículo 2 de dicha legislación especial, establece quienes son los destinatarios de aquellas medidas, mientras que el canon 3 determina su duración, veamos:

ARTICULO 2°._ Ámbito de Aplicación. Se concederá las medidas previstas en presente Decreto Legislativo a las personas privadas de la libertad que se encontraren en cualquiera de los siguientes casos:

- a) **Personas que hayan cumplido 60 de edad.**
- b) Madre gestante o con hijo menor (3) años de edad, dentro de los establecimientos penitenciarios.
- c) Personas en situación de internamiento carcelario que padezcan cáncer, VIH e insuficiencia renal crónica, diabetes, insulino dependientes, trastorno pulmonar, anticoagulación, hepatitis B y hemofilia, artritis reumatoide, enfermedades tratadas con medicamentos inmunosupresores, enfermedades coronarias, personas con trasplantes, enfermedades autoinmunes, enfermedades huérfanas y cualquier otra que ponga en grave riesgo la salud o la vida del recluso, conformidad con la historia clínica del interno y la certificación expedida por sistema general de seguridad en salud al que pertenezcan (contributivo o subsidiado) o personal médico del establecimiento penitenciario y carcelario, cuando se encuentren a cargo del Fondo Nacional Salud la persona privada la libertad.d) Personas con

movilidad reducida por discapacidad debidamente acreditada conformidad con la historia clínica del interno y certificación expedida por el sistema general de seguridad social en salud que pertenezca (contributivo o subsidiado) o personal médico del establecimiento penitenciario y carcelario, cuando se encuentren a cargo del Fondo Nacional de Salud del privado de la libertad.

- e) Personas condenadas o que se encontraren con medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento penitenciario y carcelario por delitos culposos.
- f) Condenados a penas privativas de la libertad de hasta cinco (5) años prisión.
- g) Quienes hayan cumplido el cuarenta por ciento (40%) la pena privativa de libertad en establecimiento penitenciario, atendidas redenciones a que se tiene derecho.

PARÁGRAFOS “...”

ARTICULO 3°. -Término de duración de las medidas. La detención preventiva o **la prisión domiciliaria transitorias en lugar de residencia tendrán un término de (6) meses.**

Por su parte, el precepto **6 Ídem** prevé **las exclusiones** para “*las personas que estén incursoas*” en un listado amplio de delitos, en el que aparecen “*los relacionados con el tráfico de estupefacientes*”, entre otros.

Revisada la normatividad, a simple vista se observa que el procesado no podría ser agraciado con la prisión domiciliaria transitoria, como quiera que el delito por el que se le sentencia aquí –tráfico, fabricación o porte de estupefacientes- se encuentra marginado de dicho mecanismo; sin embargo, deberá analizar este Juzgador si tal prohibición resulta constitucionalmente admisible en este caso concreto, atendiendo las difíciles circunstancias sanitarias que nos rodean en la actualidad ; en el evento que no, procederá este servidor a inaplicar parcialmente la regla de las exclusiones por la vía de la excepción de inconstitucionalidad, por ser ello lo que manda el marco jurídico vigente teniendo en cuenta que aún no existe pronunciamiento del Órgano de cierre sobre el particular.

De antemano, recuérdese cuál es la teleología que inspiró la novedosa regulación, misma que fue expedida –según su propia literalidad- para proteger las “personas que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad frente al COVID-19”, a más de “*combatir el hacinamiento carcelario y prevenir y*

mitigar el riesgo de propagación, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica".

Ahora, debemos ir a los considerandos del propio Decreto para entender la necesidad y la urgencia de adoptar medidas tendientes a solucionar la compleja problemática, pues es indudable que si a la situación carcelaria ya difícil *per se*, le sumamos el ingrediente de la virulenta pandemia actual, sin atender sus reales alcances, podríamos obtener como resultado una catástrofe humanitaria sin precedentes. Al respecto tráigase a colación algunas de esas motivaciones relevantes:

“Que mediante el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, se declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional, por el término de treinta (30) días calendario, con el fin de conjurar la grave calamidad pública que afecta al país por causa del Coronavirus COVID-19.

(...)

Que el vertiginoso escalamiento del brote del Coronavirus COVID-19, hasta configurar una pandemia, representa actualmente una amenaza global a la salud pública, con afectaciones al sistema económico, de magnitudes impredecibles e incalculables, de la cual Colombia no podrá exenta.

(...)

Que la honorable Corte Constitucional, tras la verificación de la constante vulneración de los derechos a la población privada de la libertad y el aumento en los índices de hacinamiento dentro de los establecimientos penitenciarios y carcelarios, profirió las sentencias T-153 de 1998, T-388 de 2013, T-762 de 2015, Y el Auto 121 de 2018, por medio de los cuales reitera el Estado de cosas inconstitucional del sistema penitenciario y carcelario e indica cuáles serían las acciones necesarias a implementar de cara a mitigar la grave situación de derechos humanos de las personas privadas de la libertad.

Que, así mismo, la honorable Corte Constitucional ha sido reiterativa al señalar la necesidad de construir una política criminal que aplique la excepcionalidad de la medida preventiva de aseguramiento, así en la sentencia T- 762 2015 exhortó al Congreso de la República, al Gobierno Nacional y a la Fiscalía General de la Nación a promover la creación, implementación y/o ejecución de un sistema amplio de penas y medidas de aseguramiento alternativas a la privación de la libertad.

(...)

Que el actual confinamiento convierte a los establecimientos penitenciarios y carcelarios en una zona de transmisión significativa de la enfermedad coronavirus COVID-19, **lo que puede poner en riesgo el Estado salud de todas las personas que interactúan en dicho entorno.**

Que debido a la concentración de personal en establecimientos los establecimientos penitenciarios y carcelarios, se hace necesario implementar normas inmediatas, de carácter apremiante, para evitar el contagio y la propagación de la enfermedad coronavirus COVID-19 dentro de los establecimientos penitenciarios y carcelarios del país, **por lo cual resulta pertinente conceder la detención domiciliaria y la prisión domiciliaria transitorias a personas que pertenezcan a los grupos poblacionales con mayor vulnerabilidad, como los adultos mayores, las mujeres en estado de embarazo y personas con enfermedades crónicas, entre otras.**

Que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos -CIDH- en su comunicado de prensa 66/20 de 31 de marzo de 2020, **urgió a los Estados a enfrentar la gravísima situación de las personas privadas de la libertad en la región y a adoptar medidas inmediatas para garantizar la salud y la integridad de esta población frente a los efectos de la enfermedad coronavirus COVID-19, instando particularmente a los Estados a reducir la sobrepoblación en los centros de detención como medida de contención de la pandemia.**

Que, en virtud de lo anterior, la CIDH mediante comunicado de prensa No. 66/20 de 31 de marzo de 2020, **reconoció que el contexto actual de emergencia sanitaria y los altos niveles de hacinamiento, pueden significar un mayor riesgo ante el avance del virus, en particular para aquellas personas que conforman grupos en situación de vulnerabilidad al interior de las unidades de privación de la libertad.**

Que de acuerdo con lo expuesto, la CIDH recomendó a los Estados de la región adoptar medidas como la evaluación de manera prioritaria de la posibilidad de *"otorgar medidas alternativas como la libertad condicional, arresto domiciliario, o libertad anticipada para personas consideradas en el grupo de riesgo como personas mayores, personas con enfermedades crónicas, mujeres embarazadas o con niños a su cargo y para quienes estén prontas a cumplir condenas"*, así como la reevaluación de los casos de prisión preventiva con el fin de identificar aquellos que pueden ser sustituidos por medidas alternativas a la privación de la libertad, **dando prioridad a las poblaciones con mayor riesgo de salud.**

Que el 25 de marzo de 2020 en comunicación dirigida a los gobiernos, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, sostuvo que: *"El COVID-19 ha empezado a propagarse en las prisiones, las cárceles y los centros de detención de migrantes, así como en hospicios y hospitales psiquiátricos, y existe el riesgo de que arrase con las personas recluidas en esas instituciones, que se encuentran en situación de extrema vulnerabilidad"*.

Que, en ese sentido, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos afirmó: **"En muchos países, los centros de reclusión están atestados y en algunos casos lo están de manera peligrosa. A menudo los internos se encuentran en condiciones higiénicas deplorables y los servicios de salud suelen ser deficientes o inexistentes. En esas condiciones, el distanciamiento físico y el autoaislamiento resultan prácticamente imposibles"**.

Que la honorable Corte Constitucional, Sala Especial de Seguimiento a Sentencias T-388 de 2013 y T-762 de 2015, por medio de Auto de fecha 24 de marzo 2020, solicitó al Ministerio de Justicia y del Derecho: *"[...] información sobre las medidas implementadas para disminuir el riesgo de contagio de COVI -19, así como de las estrategias para mitigar sus efectos en los establecimientos de reclusión en el país"*.

Que en virtud de las anteriores consideraciones, es menester adoptar medidas dirigidas **a los sectores de la población privada de la libertad más vulnerables frente a la enfermedad coronavirus COVID-19**

Que la Organización Mundial de Salud, en la guía provisional de 15 de marzo, denominada: "Preparación, prevención y control de COVID-19 en prisiones y otros lugares de detención", afirma que alrededor de **uno de cada cinco personas con la enfermedad coronavirus COVID-19 se enferman gravemente y desarrolla cuadros respiratorios de cuidado clínico. Los adultos mayores y aquellos con problemas médicos subyacentes, como presión arterial alta, problemas cardíacos o diabetes, son más propensos a desarrollar enfermedades graves.**

Que, en consecuencia, **ante la manifiesta gravedad de la crisis, es imperioso proteger la salud de las personas mayores de 60 años a través de las disposiciones que contiene este Decreto Legislativo, teniendo en cuenta, en todo caso, las exclusiones a que haya lugar.**

Que la Organización Mundial de la Salud en el Reporte de Situación No. 51 del 11 de marzo de 2020, afirma que: **"El virus que causa el COVID-19 infecta a personas de todas las edades. Sin embargo, la evidencia hasta la fecha sugiere que dos grupos de personas corren un mayor riesgo de contraer la enfermedad grave de COVID-19. Estas son, adultos mayores (es decir, personas mayores de 60 años); y aquellos con afecciones médicas subyacentes (como enfermedades cardiovasculares, diabetes, enfermedades respiratorias crónicas y cáncer)"**.

Que en posteriores reportes de situación del coronavirus COVID-19, incluido el Reporte No. 83 de 12 de abril de 2020, la Organización Mundial de la Salud, insiste en que el riesgo de enfermedad puede aumentar gradualmente en relación con los adultos mayores y con personas en condición de enfermedad médica preexistente: "Para la mayoría de las personas, la infección por COVID-19 causará una enfermedad leve, sin embargo, puede enfermar gravemente a algunas personas y, en algunos casos, puede ser fatal. Las personas mayores, y aquellos con afecciones médicas preexistentes (como enfermedades cardiovasculares, enfermedades respiratorias crónicas o diabetes) están en riesgo de enfermedad grave".

Que de conformidad con los lineamientos emanados de la Dirección de Política Criminal y Penitenciaria, resulta necesario adoptar medidas adicionales a las referidas a las personas en especial situación de vulnerabilidad, con la finalidad de disminuir el riesgo de contagio y propagación de la enfermedad coronavirus COVID19". (Destacado propio).

De todo lo anterior surge evidente la idoneidad de las medidas, pudiendo sus beneficiarios dividirse en dos grupos en consonancia con los propósitos ya aludidos, a saber: 1) sujetos de especial protección constitucional (ordinales a, b, c y d), a quienes busca resguardar sus garantías fundamentales a la vida digna e integridad personal, por ser más vulnerables de cara al virus, y 2) sindicados o condenados que cumplen ciertos requisitos; esto en aras de contrarrestar los escandalosos niveles de hacinamiento que soportan los establecimientos carcelarios.

En ese entendido pertinente es preguntarnos si en realidad el régimen de exclusiones basado en la gravedad de los delitos, primero, hace factible los fines perseguidos por dicha normativa, y segundo, si se adecúa a postulados de raigambre constitucional, respecto al primer bando de destinatarios; es decir, si las cortapisas en virtud de la tipología delictual permiten la salvaguarda de caras garantías fundamentales de los internos y si aquellas respetan pilares axiológicos de la Carta del 91.

Para responder esas inquietudes, menester es traer a colación la Sentencia C-318 de 2008, en la cual la Máxima Autoridad en la materia, al evaluar la exequibilidad de una norma de similares efectos (parágrafo del artículo 314 del CPP modificado por el canon 27 de la Ley 1142 de 2007), consideró que "Una exclusión generalizada y absoluta de la posibilidad de sustitución de la medida de detención en establecimiento carcelario por la domiciliaria, para un amplio catálogo de delitos, y en relación con éstos sujetos merecedores de especial protección, bajo el único criterio de la gravedad

abstracta del delito y de su potencialidad de afectación de la seguridad ciudadana conlleva a situaciones de inequidad injustificables”.

Ahondando en razones profundizó la Alta Corporación:

“6.5.6. Si se parte de la consideración de que el párrafo acusado introduce una prohibición absoluta de la detención domiciliaria en los eventos típicos allí enunciados, **con exclusión de las especialísimas situaciones previstas en los numerales 2, 3, 4 y 5, y con prescindencia del escrutinio y pronóstico particular del juez relativo a la satisfacción de los fines de la medida sustitutiva, se propiciarían situaciones tan absurdas y carentes de justificación racional** como las que atinadamente reseña el señor Procurador en su concepto:

(...) De esta forma, la mujer gestante a quien se le imputa el delito de rebelión podrá cumplir la detención en su lugar de residencia cuando falten dos meses o menos para el parto, en virtud del numeral 3º del artículo 314 de la Ley 906 de 2004, en tanto que si la sindicación es por el delito de cohecho por dar u ofrecer (...) tendrá que permanecer privada de la libertad en un establecimiento carcelario antes y después del parto, simplemente por que el delito que se le imputa se encuentra dentro de los expresamente excluidos del beneficio en el párrafo acusado, incluso si en este último evento existen elementos de juicio que evidencien que para el cumplimiento de los fines previstos para la medida de aseguramiento es suficiente la reclusión en el lugar de residencia (numeral 1º ejusdem).

Lo mismo sucederá con el enfermo de SIDA en estado (sic) terminar acusado de hurto, agravado por haberse cometido en un centro comercial, quien no gozará de la sustitución de la medida de detención⁹ para cumplirla en un centro hospitalario, por que la adecuación típica de la conducta imputada se encuentra dentro del listado señalado en el párrafo del artículo demandado, en tanto que si el hurto imputado se hubiere cometido en un hotel, si podría gozar de esa medida¹⁰.

Como las anteriores, **son muchas las situaciones que se pueden vislumbrar en las que se plasmarían tratamientos distintos para supuestos de hecho iguales, carentes de toda justificación razonable, que por ende se traducirían en focos de discriminación intolerables en el marco de un sistema que se afianza sobre los principios de igualdad (Art.13 de la Carta y 4º C.P.P.), dignidad (Art. 1º.C.P y 1º. C.P.P.) y libertad (Art. 28 C.P. y 2º C.P.P.) de los cuales se derivan las exigencias de necesidad, proporcionalidad, razonabilidad y gradualidad en la aplicación de las medidas de aseguramiento.**

6.5.7. De donde se infiere que la única interpretación que resulta acorde con los postulados de igualdad, necesidad, gradualidad, razonabilidad y proporcionalidad en la selección de la medida de aseguramiento, es aquella que entiende que las causales previstas en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 314 del C.P.P., también son aplicables cuando la imputación se refiere a cualquiera de los delitos previstos en el párrafo acusado.

La condición de persona de la tercera edad (num. 2º), de mujer embarazada o lactante, e infante menor de seis meses (num. 3º), de enfermo grave (num. 4), y de hijo menor de edad o discapacitado al cuidado de su padre o madre cabeza de familia (num. 5º), constituyen posiciones jurídicas de las que se derivan especiales imperativos de protección a cargo de las autoridades los cuales surgen de la propia Constitución, y que por ende no pueden ser desconocidos o subordinados a intereses como los que inspiran la norma acusada: el mejoramiento de la percepción de seguridad y de eficacia de la administración de justicia.

⁹ Artículo 241 numeral 11 del código penal en concordancia con el párrafo del 314 del código procesal penal.

¹⁰ Procuraduría General de la Nación. Concepto D-4415, folio 13.

6.5.8. De manera que frente a estos eventos (numerales 2, 3, 4, 5 del artículo 314 C.P.P.) no puede operar la prohibición absoluta de sustitución de la medida de aseguramiento que introduce el párrafo del artículo 27 de la Ley 1142 de 2007 respecto del catálogo de delitos allí relacionado. **Una interpretación del párrafo acusado según la cual, éste contiene una prohibición absoluta de la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la del lugar de residencia del imputado, en todos los eventos allí enunciados, es inconstitucional por vulneración de los postulados de proporcionalidad, razonabilidad e igualdad.**”.

Al canto, debemos tener en cuenta que los supuestos de hecho sobre los que la Corte condicionó el párrafo referido, son casi los mismos que contempla la nueva reglamentación, excepto las personas con movilidad reducida, lo que implica que *mutatis mutandis*, frente a las hipótesis de sujetos vulnerables cuya protección reforzada del Estado es imperativa, no puede operar una restricción plena y total de la detención o la prisión domiciliaria transitorias, con fundamento exclusivo en el delito investigado o cometido, puesto que ello atentaría directamente contra la Carta Política, sobreviniendo su invalidez automática. Al respecto, en su momento, expuso con prolijidad la Corporación:

“Situación distinta se presenta en relación con **el impacto de la prohibición del párrafo introducido por la norma acusada sobre los numerales 2°, 3°, 4° y 5° del artículo 314 del C.P.P. Estos preceptos contemplan unas causales de sustitución de la detención preventiva en centro carcelario, por la domiciliaria u hospitalaria, que se funda en circunstancias personales de los imputados (as) o de terceros, que los colocan en una especial situación de vulnerabilidad, de la cual se derivan particulares imperativos de protección.**”

Procede la Corte al examen del impacto de la prohibición contenida en el párrafo introducido por el artículo 27 acusado, en relación con estas causales.

6.5. La exclusión de la aplicación de las causales 2, 3, 4 y 5 del artículo 314, a las especies delictivas enunciadas en el párrafo del artículo 27 de la Ley 1142 de 2007.

6.5.1. Según la interpretación en la que se funda la demanda, la rotunda expresión del párrafo acusado en el sentido que “*No procederá la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario, por detención domiciliaria*” cuando se trata de los delitos allí relacionados, implicaría la pérdida de eficacia de las causales fundadas en criterios de protección reforzada previstas en los numerales 2, 3, 4 y 5, del artículo 314 C.P.P., respecto de los tipos penales enunciados en el párrafo acusado.

Es decir, que bajo tal comprensión de la norma, estaría excluida de plano la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la domiciliaria, con fundamento en circunstancias como la avanzada edad del imputado o imputada (num. 2); la proximidad del parto (num.3), la enfermedad grave (num. 4); la condición de madre o padre cabeza de familia al cuidado del hijo menor ó con incapacidad permanente (num.5), en las hipótesis delictivas enunciadas en el párrafo.

6.5.2. Al respecto observa la Corte que la incorporación de consideraciones como las previstas en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 314 C.P.P., en un sistema de regulación de los requisitos y condiciones bajo los cuales es posible la restricción preventiva de la libertad a consecuencia de una imputación penal, responde a imperativos históricos y constitucionales, como el camino hacia la humanización del sistema penal, la fuerza normativa de los principios de dignidad, libertad e igualdad, y a las exigencias de proporcionalidad y razonabilidad que se derivan del último de los postulados mencionados.

Conviene destacar que el sentido original del artículo 314 del C. de P.P. que contemplaba, sin exclusiones derivadas de la naturaleza del delito, la posibilidad de sustituir el lugar de reclusión para la detención preventiva cuando concurrieran condiciones especiales del imputado o de un tercero, **no tenía la pretensión de sustraer a determinados sujetos de imputación de las consecuencias de su actuar, sino la de adecuar las condiciones en que la medida precautelativa debía ejecutarse, a exigencias de dignidad, de humanidad, necesidad, y protección reforzada.**

6.5.3. El tratamiento especial que se consigna en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 314, está establecido en algunos casos en favor del propio procesado (a) en estado de debilidad manifiesta (personas de la tercera edad o enfermos graves), y en otros, con propósito de protección de terceros que resultan afectados con la medida restrictiva de la libertad y que tienen la condición de sujetos de especial protección constitucional, como es el caso del menor lactante (num. 3°), y del hijo menor o discapacitado bajo el cuidado exclusivo del padre o madre bajo imputación (num. 5°).

Se trata, en todos los eventos, de sujetos que con independencia de la naturaleza o gravedad del delito por el cual se proceda, se encuentran en una situación de particular vulnerabilidad que demanda un tratamiento especial de las autoridades. El supuesto de hecho sobre el cual el legislador, en la versión original de la norma, dispuso la posibilidad de un tratamiento más flexible, es el mismo: la condición de debilidad manifiesta de los sujetos involucrados en el conflicto, la cual engendra un correlativo deber de brindar una protección reforzada, adecuada a las particulares exigencias del ejercicio legítimo del *ius puniendi*.

6.5.4. El párrafo acusado constituye un agregado que la Ley 1142 de 2007 introdujo al sistema general que regula la restricción preventiva de la libertad como consecuencia de una imputación penal, con el explícito propósito de fortalecer la percepción de seguridad de la ciudadanía y su confianza en el sistema de justicia. **Esa modificación no puede ser entendida en forma aislada sino en el marco de los principios orientadores de tales medidas de aseguramiento. Esos principios son los de afirmación de la libertad (Art. 28 C.P. y 295 del C.P.P.) y el consecuente carácter excepcional de sus limitaciones; la interpretación restrictiva, adecuada, proporcional y razonable de las normas que autorizan preventivamente la privación de la libertad, y, de manera particular los principios de necesidad y gradualidad que informan dichas medidas**".

Yendo aún más lejos, estudiosos de la temática han arribado a las mismas conclusiones atrás esgrimidas, añadiendo con tino y sapiencia las siguientes reflexiones, que se comparten en un todo.

"Dando por descontado, aunque no de manera rigurosa, que, en cuanto al aspecto formal, el Decreto Legislativo 546 de 2020 lo cumple a cabalidad (fue adoptado dentro de los 30 días de vigencia de la declaración de estado de emergencia, tiene la firma de todos los funcionarios necesarios para su validez, se relacionan los motivos que dieron lugar a la misma), estudiaremos su contenido, **en especial las causales de procedencia de la DPDT y el régimen de exclusiones por delitos.** (...)

i) Las Causales destinadas a eliminar el riesgo de complicaciones y muerte, corresponden a las previstas en los literales a), b), c) y d):

La primera cuestión que **debe indagarse es si tales causales realmente están enmarcadas dentro del fin perseguido, es decir, proteger a las personas privadas de la libertad en situación de mayor vulnerabilidad, para contrarrestar el riesgo de complicaciones mortales por contagio del COVID-19. La respuesta apenas obvia es positiva, pues es claro que las personas mayores de 60 años tienen menos posibilidades de sobrevivir en caso de contagio**

(literal a), lo mismo que todos aquellos que poseen enfermedades de base para el virus (literal c). En cuanto a las madres gestantes, lactantes y con menores de edad con ellas en las cárceles (literal b), el deber constitucional de protección para el nasciturus, el neonato y los niños así lo impone, sin olvidar que, estos últimos suelen representar un riesgo de mayor transmisión del virus por un asunto comportamental y de hábitos de higiene. Lo propio, cabe indicarse frente a las personas con movilidad reducida que, por causas fisiológicas, no logran realizar movimientos independientes o actividades de cuidado personal (literal d) y que también son objeto de especial protección constitucional.

Hasta allí, es claro que el ejecutivo no excedió el ámbito al que debe estar circunscrita su actuación como legislador excepcional, pues no sólo atiende a las razones que motivaron la declaratoria de emergencia, sino que le da primacía a claros preceptos constitucionales.

El problema se presenta cuando a tales causales, que son completamente objetivas, y cuya pertinencia y utilidad frente a la medida no se discuten, se le anteponen las exclusiones previstas en el artículo 6 del Decreto Legislativo, porque no encuentran ninguna justificación en las razones que ampararon la declaratoria de emergencia. Ello por cuanto el virus simplemente no responde a ninguna razón político-criminal, cuando de propagarse se trata. Gráficamente, no está en menos riesgo mortal la persona con diabetes que fue privada de la libertad por un delito de lavado de activos, que la que lo fue por uno de hurto simple. Tampoco implica mayor riesgo de contagio el hijo de una interna procesada o condenada por un delito de corrupción privada, que el de una que lo está por uno de administración desleal, etc.

Lo anterior demuestra que, ciertamente, el régimen de exclusiones allí previsto, no se encuentra dentro del marco de acción que le compete a la condición de legislador excepcional que, en este caso, le estaba permitida al ejecutivo, sino que ahondó en razones de política-criminal que le incumbían exclusivamente al legislador ordinario penal, quien, en ese sentido, sí tiene una libertad de configuración legislativa amplia. Pero que, muy a pesar de ello, tampoco, frente a causales completamente objetivas como las de los literales 2, 3, 4, y 5 del artículo 314 del C. de P. Penal, le está permitido excluir el derecho a la detención domiciliaria, a personas privadas de la libertad, bajo la mera consideración de la clase de delito por el que se le procesa o condena.

Tal, fue lo conceptuado por la Corte Constitucional en el marco de la sentencia C-318 de 2008, cuyas motivaciones son ampliamente conocidas, y que excepcionó la aplicación del párrafo del artículo 314 de la Ley 906 de 2004, frente a las causales contenidas en los literales 2, 3, 4 y 5 de tal disposición, precisamente por resultar ese régimen de exclusión completamente desproporcional, irrazonable y desigual, pues se trata de circunstancias objetivas externas que ponen a dichas personas en una situación especial en la que nada influye el delito de que se trate.

(...) no se ofrece razonable que al legislador ordinario en materia penal, que tiene libertad de configuración legislativa amplia, no le sea permitido ese ejercicio de exclusiones, pero al legislador excepcional, cuyo poder de configuración legislativa es limitado al motivo de su facultad, le sea permitida tal discrecionalidad que, para el caso del COVID-19, en la práctica se traduce en decidir, caprichosa y arbitrariamente, a quiénes, de esa población claramente más vulnerable, se les darán más posibilidades de vivir cuando sean contagiados.

Lo más grave, es que una decisión de esas características termina siendo tomada por el ejecutivo de turno, en circunstancias excepcionales que no lo habilitan para obrar así y que, en esas condiciones, no es posible separarla de cálculos políticos y morales de lo más y lo menos malo. Porque, dicho sea de paso, en ese régimen de exclusiones ni siquiera se tuvieron en cuenta los mismos delitos alguna vez excluidos por el legislador ordinario en materia penal, sino que se consolidó un listado mucho más amplio y robusto que cualquiera que pueda hallarse en las leyes penales.

Por supuesto, corolario de lo anterior es que la aplicación del régimen de excepciones previsto en el artículo 6 del Decreto Legislativo 546 de 2020, para las causales destinadas a

eliminar el riesgo de complicaciones y muerte (literales a, b, c y d), jamás podrá ser estimado como ajustado a la Carta Constitucional o cualquier sistema de Derechos Humanos y así debería ser declarado. Y, con ello, permitir que dichas causales sean aplicadas a todas las personas que se encuentren en tales circunstancias, sin restricción alguna por el delito del que se trate, tal y como en su momento fue conceptualizado en la sentencia C-318 de 2008, al igual que sin consideración alguna a la condición de procesado o condenado.

Por último, habrá de advertirse que **en nada ayuda al propósito de la constitucionalidad del régimen de exclusiones, el hecho de que en el parágrafo quinto de tal artículo 6, se haya previsto un tratamiento diferencial para las personas que se encuentren inmersas en cualquiera de las causales a), b), c) y d) que estén cobijadas por alguna exclusión, pues, la adecuación de nuevos lugares distintos a las prisiones para su reclusión es, por decir lo menos, poco realista, si se tiene en cuenta la difícil situación carcelaria, precisamente por la falta de lugares para ubicar a las personas privadas de la libertad. En apoyo a ello, baste con pensar en la actual problemática en la que se han convertido los centros de reclusión transitorios que tampoco dan abasto**¹¹. (Subrayas propias)

Sintetizando, con las mentadas restricciones el “*legislador excepcional*”, no solo sobrepasó su margen de maniobra de cara al Estado de Emergencia (Artículo 215 Const. Pol.), en relación con los supuestos de sujetos vulnerables, al involucrar razones de política criminal, sino que además terminó haciendo inoperantes las medidas y olvidó los nortes que en un principio se trazó, cuales son de un lado “*eliminar el riesgo de complicaciones y muerte*”, y de otro “*disminuir el riesgo de propagación*”; en palabras más sencillas, a la Política de Emergencia sanitaria se le mezclaron componentes de Política Criminal, lo que causó que las soluciones quedaran solo en buenas intenciones.

Tal concepto se suma al de voces autorizadas y especializadas, como la del Maestro Eugenio Raúl Zaffaroni, quien en el texto “*penas ilícitas*”, hace un planteamiento desde la dogmática, en el que hace un llamado a los Jueces a aplicar la Constitución como marco jurídico, pues de lo contrario sostiene que éstos podrían incurrir en delitos tales como tratos crueles, inhumanos o degradantes, e incluso tortura u homicidio, si a sabiendas de la crítica situación carcelaria provocada por el hacinamiento y la carencia de condiciones mínimas de subsistencia, proceden a privar de la libertad o a mantener recluido a un ciudadano intramuros, en tanto, ello terminaría atentando contra los mismos bienes jurídicos que el derecho penal busca proteger; con mayor razón -añadiría

¹¹ Ricardo Gaviria Ramírez, 28 de abril de 2020, Bogotá D.C. <http://policrimvide.blogspot.com/2020/04/inconstitucionalidad-de-las-exclusiones.html>. Prestigioso litigante y abogado consultor.

el suscrito- ante la crisis sanitaria y humanitaria que afrontamos, en la que está claro que algunas personas corren mayor riesgo de perder la vida en caso de que se contagien del Covid-19 (entre otros los adultos mayores de 60 años), máxime cuando se encuentran agolpados en los reclusorios, por lo que frente a aquellos surge ineludible una cautela más rigurosa.

Desde esa óptica y partiendo de la especial relación de sujeción que tiene el Estado con los detenidos (Sujetos de Especial Protección Constitucional por sí), a quienes se les puede limitar algunos de sus derechos inherentes a la privación de la libertad, más no puede suprimírseles otros de la misma estirpe, como la vida digna o la integridad, cierto es que ante un eventual y calamitoso contagio masivo dentro de los establecimientos carcelarios, que pudiera generar la muerte de los confinados más vulnerables (en condiciones de debilidad manifiesta), sobrevendría incontenible la responsabilidad estatal con sus consecuentes acciones de repetición frente a los funcionarios oficiales, ante lo previsible de la situación y la posibilidad real de evitar esas fatales consecuencias.

Todo porque muy a pesar de los airados clamores de la opinión pública y de algunos sectores políticos que -desconociendo la grave realidad carcelaria y los eventos de alta vulnerabilidad aludidos-, denigran sobre ciertas medidas necesarias de excarcelación- como la que aquí se deja al descubierto-, debe quedar claro que los aherrojados no fueron condenados a muerte, más cuando la Constitución patria proscribe esta clase de penas, al igual que las torturas y los tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Quiere significar lo antedicho, que precisamente las circunstancias atípicas de hogaño nos deben conducir racionalmente a la flexibilización tanto de las medidas de aseguramiento como de las sanciones punitivas, pues pensar en contrario supondría que ante casos fortuitos o fuerzas mayores tales como inundaciones, terremotos, incendios o pandemias como la que hoy vivimos, etc..., está por encima el interés legítimo del Estado de mantener reclusos a sindicados y sentenciados, incluso sobre la propia vida de aquellos, que en ese momento están bajo su custodia;

posición que no alberga ningún asidero desde lo humanitario, lo político, lo moral y menos desde lo jurídico, en un Estado Social y Democrático de Derecho, como el que nos rige, fincado constitucionalmente en el **“respeto por la dignidad humana”** (Artículo 1 superior), cuyos fines esenciales son -entre otros- *“servir a la comunidad, promover la prosperidad general y **garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución** (...), mantener la integridad territorial y **asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo**”,* por lo que sus autoridades están instituidas *“para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en **su vida**, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades”* (Artículo 2 Ídem) y en el que los funcionarios judiciales estamos sometidos al **“Imperio de la Ley”** (Artículo 230 superior), entendiendo por tal el marco constitucional y legal vigente.

Recálquese a la par que en el Estado Constitucional todos los poderes han de estar sujetos a la *“Ley de Leyes”*, apuntando al resguardo de los derechos esenciales de las personas, es por ello que el legislador penal (ordinario y extraordinario) encuentra uno de sus límites materiales en el principio de proporcionalidad, al restringir prerrogativas basilares, so pena de carecer de legitimidad, pues a propósito señala el jurista Perfecto Andrés Ibañez¹², citando al Maestro Ferrajoli¹³, en el texto Cultura Constitucional de la Jurisdicción (pág. 141): *“...en el marco del Estado Constitucional se abre un espacio inédito, **el determinado por la posibilidad de existencia del derecho ilegítimo. Es decir, del vigente en cuanto regularmente formado con observancia de las reglas de competencia y procedimiento que rige en su elaboración, pero, no obstante, en contradicción con los principios y derechos fundamentales, y por ello materialmente aquejado de esencial ilegitimidad”**.*

En la misma lógica se ha enfatizado: *“Por lo demás, **la Interpretación en el Derecho Penal se encuentra vinculada a decisiones valorativas (“wertenscheidungen”) contenidas en la Constitución. Por consiguiente, el sentido de los preceptos penales se debe establecer, en la medida en que ello sea contenido por su tenor literal, mediante una interpretación conforme a la Constitución de manera tal que su aplicación se mantenga en el marco de la Ley***

¹² Ex Magistrado del Tribunal Supremo Español, Magistrado Emérito de la misma Corporación y Jurista.

¹³ Maestro, doctrinante, escritor de obras magistrales y quien según el Doctor Perfecto Andrés *“ocupa hoy un lugar central en la reflexión teórica sobre el derecho”*.

Fundamental". Rematado con Francis Bacón: **"es cruel atormentar el texto de las leyes para que éstas atormenten a los ciudadanos"**.

En esa dirección, vienen pertinentes las recientes enseñanzas del ilustre tratadista y juriconsulto argentino –tal vez el doctrinante vivo más relevante de latino-américa, en la actualidad-:

"Una pena privativa de la libertad no es una pena de muerte. La solución de esto no se la pidamos ni al Poder Ejecutivo ni al Legislativo. La solución la tienen que dar los jueces", afirmó este martes el **ex juez de la Corte Suprema Eugenio Zaffaroni** en referencia a la excarcelación de presos frente al riesgo de contraer coronavirus.

(...)

En ese sentido, apuntó contra los magistrados al advertir que *"los jueces tienen que darse cuenta de que el día que juran la Constitución no es una fiestita familiar, es un compromiso ante el Estado y todo el pueblo"*. Luego, señaló que **"el problema es proceder de una manera racional para evitar que haya una masacre tumultuaria"**.

"Todo este sacrificio que estamos haciendo con la cuarentena, lo estamos haciendo para evitar un colapso de nuestro sistema de salud. En caso de que se produzca un brote y una expansión de la infección, si se infectan 20 o 30 mil presos de golpe, entonces vamos a necesitar 5.000 camas afuera. Camas que también las podemos necesitar cualquiera de nosotros", explicó.

Zaffaroni aseguró que la superpoblación carcelaria es un riesgo que no se está tomando en cuenta. **"Por un lado estamos tratando de prevenir un colapso del sistema de salud y por otro estamos dejando funcionar esta bomba virósica. Eso es una contradicción total"**, sostuvo. Y, en esa línea, agregó: **"En un lugar cerrado, como una cárcel, un manicomio o un hogar de ancianos, la velocidad de reproducción interna del virus, según la Cruz Roja internacional, es 10 veces más rápida que la que se da en el sector de la sociedad que está libre"**.

"Todo lo que estoy diciendo es la voz de la Organización Mundial de la Salud, la voz de la delegada de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la voz del Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas, la voz de la Corte Interamericana, la voz del Instituto de Prevención del Delito, la voz del Papa. No soy yo el que lo está diciendo", argumentó.

(...)"La idea racional es ver primero quiénes están en situación de riesgo, luego seguir por quienes están cerca de salir o cumplir la pena, a los que les faltan 6 u 8 meses, y después ver quiénes están imputados por delitos de subsistencia que no tienen violencia física", afirmó¹⁴.

Así las cosas, a criterio de este judicial, existe una clara contradicción del artículo 6 del Decreto aludido con mandatos superiores –de talante constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos- como son la protección de la dignidad humana, la vida, la integridad personal, la igualdad material, en tanto limita de manera

¹⁴ <https://www.infobae.com/politica/2020/04/28/eugenio-zaffaroni-desligo-al-gobierno-y-el-congreso-de-la-liberacion-de-presos-por-el-coronavirus-la-solucion-la-tienen-que-dar-los-jueces/>

injustificada y desproporcionada el acceso a la sustitución domiciliaria transitoria de personas en condiciones de “debilidad manifiesta”, bajo el pretexto descontextualizado de la política criminal, el cual es ajeno a la emergencia sanitaria, lo que impone como solución plausible echar mano del control constitucional por el sendero de la excepción en este asunto concreto, por cuanto estamos frente a un sujeto en mayor estado de riesgo de mortalidad frente a la pandemia –según la evidencia científica–, más cuando el Tribunal Constitucional ya se pronunció con efectos erga omnes sobre la hermenéutica de una norma similar.

Sobre la mentada figura ha ilustrado la Corte¹⁵:

“La jurisprudencia constitucional ha definido que “la excepción de inconstitucionalidad es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales”. En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política”.

Así mismo destacó la posibilidad de atacar una decisión por la vía de la acción de tutela, cuando no se acude a la misma, siendo imprescindible hacerlo:

“La razón por la cual se considera que el no hacer uso de la excepción de inconstitucionalidad da lugar a un defecto sustantivo es debido a que, el juez competente empleó una interpretación normativa sin tener en cuenta que ésta resultaba contraria a los derechos y principios consagrados en la Carta Fundamental. Por lo tanto, basó su decisión en una norma que, de acuerdo con el principio de interpretación conforme a la Constitución, no podría existir en nuestro ordenamiento. En consecuencia, se expide un fallo con fundamento en normas que, siendo de menor jerarquía, van en contra de los principios y derechos establecidos en la Constitución Política y, así, se genera un quebrantamiento de la misma.

(...)

Existe una causal específica de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales determinada como violación directa a la Constitución cuyo origen deviene de la interpretación legal inconstitucional o inaplicación de la excepción de inconstitucionalidad, es decir, se configura cuando el funcionario judicial adopta una decisión que desconoce los principios y derechos contenidos en la Constitución Política o inaplica la excepción de inconstitucionalidad de una norma inferior a las constitucionales y contraria a las mismas. Siempre que un juez se encuentra ante una norma que contraría lo estipulado por la Constitución, éste tiene el deber de inaplicar dicha norma bajo la excepción de inconstitucionalidad realizando un trabajo argumentativo en el cual determine claramente que el contenido normativo de la regla resulta

¹⁵ Sentencia SU132/13

contrario a la Constitución Política. Es importante mencionar que la violación directa a la constitución también se puede desarrollar por las entidades administrativas cuando éstas impongan una disposición legal que contradiga los principios y derechos protegidos por la propia Constitución”.

Esgrimiendo en pretérita oportunidad¹⁶:

“6.3. La excepción de inconstitucionalidad, como expresión del principio de supremacía constitucional.

6.3.1. La figura de la excepción de inconstitucionalidad encuentra su fundamento en el artículo 4° de la Carta¹⁷, es decir en el principio de supremacía constitucional. Este tipo de control constitucional, como ha reiterado la jurisprudencia de esta Corte, puede ser ejercido por cualquier autoridad pública e incluso por un particular que tengan que aplicar una norma jurídica a un caso concreto en donde encuentre que ésta es contraria a la Constitución.¹⁸

Este mecanismo se desarrolla ya sea por solicitud de parte en un procedimiento ante alguna autoridad, o bien sea de oficio por parte de la autoridad o el particular que esté en situación de aplicar la norma. En este caso la norma que se considera inconstitucional no desaparece del sistema jurídico y conserva su validez, pues no se anulan los efectos de la norma en tanto no sea declarada inconstitucional por la Corte Constitucional en control abstracto.¹⁹ Sobre los efectos de la aplicación de este instituto la Corte precisó:

“La hipótesis del artículo 4 de la Constitución carece justamente de la nota de la generalidad, puesto que la definición acerca de si existe o no la incompatibilidad entre la norma inferior y las fundamentales debe producirse en el caso específico, singular, concreto, y en relación con las personas involucradas en el mismo, sin que pueda exceder ese marco jurídico preciso. Se habla entonces de un efecto *inter partes*, o circunscrito a quienes tienen interés en el caso. Y la norma inaplicada no se afecta en su vigencia general, aunque, por motivo de la inaplicación, no haya producido efectos en el asunto particular del que se trata.

La excepción de inconstitucionalidad no ocasiona consecuencias en abstracto, ni puede significar la pérdida de vigencia o efectividad de la disposición sobre la cual recae, ni tampoco se constituye, dentro de nuestro sistema jurídico, en precedente forzoso para decidir otros casos que, bajo distintas circunstancias, también estén gobernados por aquella²⁰.

6.3.2. Del principio de supremacía constitucional, del efecto general de la cosa juzgada constitucional, y del carácter vinculante del precedente constitucional, surge la obligación para los jueces de aplicar la excepción de inconstitucionalidad, en el momento de adjudicación del derecho. Sobre el particular la Corte señaló:

“(L)os jueces de la República tienen el deber de aplicar la excepción de inconstitucionalidad cuando quiera que adviertan en un caso concreto que existe incompatibilidad entre la norma legal (o de inferior jerarquía) a aplicar y la Constitución, de suerte que la constitucionalidad de una decisión judicial queda en entredicho cuando se abstiene de cumplir dicho deber. Mientras que los jueces ordinarios tienen el deber de inaplicar la ley contraria a la Constitución, por tratarse de una obligación a la cual están sujetos todos los funcionarios públicos, tratándose de jueces de tutela, este deber es específico, por corresponder al ámbito funcional propio de la jurisdicción constitucional.”²¹.

¹⁶ Sentencia T- 704 de 2012

¹⁷ La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. (...)”

¹⁸ Sentencia T-049 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁹ Sentencia C-122 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

²⁰ Sentencia C-600 de 1998 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

²¹ Sentencia T-298 de 2004 M.P. Eduardo Montealegre Lynnet.

Inclusive, porque no decirlo, institutos como la excepción de convencionalidad o de principalidad llegan a reforzar esta salida, puesto que de bulto se otea la oposición de la norma con tratados internacionales de derechos humanos integrados al ordenamiento a través del Bloque de Constitucionalidad (entre estos la Convención Interamericana de derechos humanos), y principios como el *ius cogens*, el *pro homine*, el *favor rei* y el *pro libertatis*, a más del criterio –universal- de proporcionalidad en la imposición de medidas preventivas y penas.

En conclusión, se concederá al señor Alberto Arias Marín el sustituto de la **“prisión domiciliaria transitoria”** de la que habla el Decreto Legislativo 546 de 2020, por un período de 6 meses, inaplicando en este evento –por virtud de la excepción de inconstitucionalidad- la prohibición por la clase de delito contemplada en el Artículo 6 ídem, como consecuencia lógica de lo esgrimido.

Ahora, si bien sería del caso acudir al procedimiento especial previsto en dicha normativa, nada obsta para que pueda tomarse tal determinación en esta sentencia, en la que debe evaluarse la procedencia de subrogados o sustitutos, máxime si el párrafo del Artículo 8 del mentado Decreto consagra: *“Para las personas cuya condena no esté ejecutoriada, el Juez de conocimiento o el Juez de segunda instancia según corresponda, tendrá la facultad de hacer efectiva de manera directa la prisión domiciliaria transitoria, a condición de que se cumpla con las exigencias previstas en este Decreto Legislativo”*.

Por ende, **librese** la correspondiente boleta de cambio, el procesado suscribirá el acta de compromisos inherentes ante la oficina jurídica del Establecimiento Penitenciario y Carcelario respectivo, previo a su salida, la cual será remitida al Juzgado de forma inmediata, dejando copia allí, de conformidad con los artículos 8 Ibídem y 38B del Código Penal; advirtiéndole que en caso de incumplimiento el mecanismo será revocado (Artículo 24 ídem); su traslado a la residencia consignada en el acta deberá ser coordinado por el INPEC (Artículo 21 ídem) y una vez se cumplan los 6 meses (esto es el 19 de noviembre de 2020) aquel deberá

presentarse nuevamente al Establecimiento Carcelario en el término de 5 días, so pena de la respectiva consecuencia consagrada en el canon 10 de la misma legislación²², salvo que exista otra determinación judicial al respecto.

Así mismo se **exhortará** al Establecimiento Penitenciario Local (Dirección y Oficina Jurídica) y a la Defensoría del pueblo Seccional Salamina, a efectos de que –cada uno dentro del ámbito de sus competencias- evalúen y seleccionen los casos de detenidos que se encuentren en los supuestos de los literales a, b, c y d (sujetos de especial protección) del Artículo 2 del Decreto 546 del 2020, independientemente de cual sea el delito por el que se encuentran reclusos, a fin de que sean postulados bajo las figuras de la detención o la prisión domiciliaria transitorias, ante los Jueces competentes, en orden a proteger sus prerrogativas superiores, por lo explicado en esta providencia.

VIII. ACOTACIONES FINALES

Se ordenará la destrucción de los remanentes de la sustancia materia de la presente investigación, hallados en poder del acusado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 82 del Código de Procedimiento Penal, si hasta ahora no se ha hecho.

Así mismo, se ordenará el comiso, en favor de la Fiscalía General de la Nación, de la gramera digital SCALE, color gris, que le fue incautada al procesado, toda vez que dicho instrumento fue utilizado para la comisión de la conducta delictual desplegada por éste.

No se compulsarán copias para que sea investigado el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes

²² ARTÍCULO 10°.- Presentación. Vencido término de la medida detención o prisión domiciliarias transitoria previsto en artículo del presente Decreto Legislativo, el destinatario la misma deberá presentarse, en término cinco (5) días hábiles, en el establecimiento penitenciario o carcelario o lugar de reclusión en se encontraba momento de su otorgamiento. transcurridos los cinco d no se hiciere presente, el Director establecimiento penitenciario o carcelario o el lugar de reclusión en el que se encontraba, comunicara al Juez competente quien decidirá lo pertinente.

o municiones porque aquí quedó acreditado que el arma resultó ser no apta para realizar disparos, por lo que la Fiscalía decidió no imputar dicho ilícito.

Finalmente, se ordenará el levantamiento de la medida cautelar impuesta en las audiencias preliminares, llevadas a cabo ante el Juez con función de control de garantías el pasado 13 de febrero, como quiera que el término de 6 meses de que trata el artículo 97 del C.P.P en cuanto a la prohibición de enajenar bienes ya se encuentra superada. Frente a ello habrá de expedirse los respectivos oficios ante las autoridades competentes para lo de su cargo.

En mérito de lo expuesto, **EL JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE SALAMINA CALDAS**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONDENAR al señor **ALBERTO ARIAS MARÍN**, identificado con cédula de ciudadanía No. 15.956.241, en calidad de cómplice, de condiciones civiles y personales conocidas en el proceso, a la pena de **32 meses de prisión y multa de 1 salario mínimo legal mensual vigente para el año 2020 (o lo que es igual 24,65 UVT)**, valor que cancelará a favor de la RAMA JUDICIAL –MULTAS Y RENDIMIENTOS–, a través del Banco Agrario de Colombia S.A., en la cuenta No.3-0820-000640-8, dentro de los doce (12) meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia; por el delito de **TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES**, verbo rector: vender, ofendida la salud pública.

SEGUNDO: CONDENAR al atrás referenciado a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena de prisión.

TERCERO: NEGAR al señor **ALBERTO ARIAS MARÍN** el subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena de que trata el artículo 63 del C.P, modificado por el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014, así como la

prisión domiciliaria de que trata el artículo 38B del Código Penal, adicionado por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014, por las razones que se dejaron expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONCEDERLE sí el sustituto de la “**prisión domiciliaria transitoria**” de la que habla el Decreto Legislativo 546 de 2020, por un período de **6 meses**, inaplicando en este evento –por virtud de la excepción de inconstitucionalidad- la prohibición por la clase de delito contemplada en el Artículo 6 ídem, como consecuencia lógica de lo esgrimido. Por ende, **líbrese** la correspondiente boleta de cambio, el procesado suscribirá el acta de compromisos inherentes ante la oficina jurídica del Establecimiento Penitenciario y Carcelario respectivo, previo a su salida, la cual será remitida al Juzgado de forma inmediata, dejando copia allí, de conformidad con los artículos 8 Ibídem y 38B del Código Penal; advirtiéndole que en caso de incumplimiento el mecanismo será revocado (Artículo 24 ídem); su traslado a la residencia consignada en el acta deberá ser coordinado por el INPEC (Artículo 21 ídem) y una vez se cumplan los 6 meses (esto es el 19 de noviembre de 2020) aquel deberá presentarse nuevamente al Establecimiento Carcelario en el término de 5 días, so pena de la respectiva consecuencia consagrada en el canon 10 de la misma legislación, salvo que exista otra determinación judicial al respecto.

QUINTO: DISPONER la destrucción de los remanentes de las sustancias que hacen parte de la presente investigación. Para todo ello líbrese los comunicados a que haya lugar.

SEXTO: ORDENAR el **COMISO** de la gramera que fue incautada, a favor de la Fiscalía General de la Nación, por las razones expuestas previamente, así como el levantamiento de la medida cautelar impuesta al señor **ALBERTO ARIAS MARÍN**, en las audiencias preliminares, llevadas a cabo ante el Juez con función de control de garantías el pasado 13 de febrero, como quiera que el término de 6 meses de que trata el artículo 97 del C.P.P en cuanto a la prohibición de enajenar bienes ya se encuentra superada. Frente a ello

expídanse los respectivos oficios ante las autoridades competentes para lo de su cargo.

SÉPTIMO: En firme esta decisión, **DAR** aplicación al art. 166 del Código de Procedimiento Penal y **REMITIR** la actuación al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad que corresponda para lo de su competencia.

OCTAVO: EXHORTAR al Establecimiento Penitenciario Local (Dirección y Oficina Jurídica) y a la Defensoría del pueblo Seccional Salamina, a efectos de que –cada uno dentro del ámbito de sus competencias- evalúen y seleccionen los casos de personas detenidas que se encuentren en los supuestos de los literales a, b, c y d (sujetos de especial protección) del Artículo 2 del Decreto 546 del 2020, independientemente de cual sea el delito por el que se les procesa o juzga, a fin de que sean postulados bajo las figuras de la detención o la prisión domiciliaria transitorias, ante los Jueces competentes, en orden a proteger sus prerrogativas superiores por lo explicado en esta providencia.

NOVENO: NOTIFICAR la presente sentencia en estrados a los partes asistentes e informarles que contra ella procede el recurso de apelación el que debe ser interpuesto en esta misma audiencia y sustentado en ella de manera oral o por escrito dentro de los cinco (5) días siguientes a la celebración de la misma. El recurso se concederá ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Manizales si se interpone y sustenta en debida forma.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DANIEL ORTEGA JIMÉNEZ

JUEZ