

TEMA: PRISIÓN DOMICILIARIA POR SER MAYOR DE 65 AÑOS DE EDAD-Si bien la defensa resalta que la sentenciada contaba, para ese entonces, ad portas de cumplir 69 años, carecía de antecedentes penales y había comparecido a las diligencias judiciales durante el trámite del proceso, tales circunstancias, aunque favorables, no obligan per se al otorgamiento de la prisión domiciliaria.

HECHOS: Por los hechos ocurridos el 27 de julio de 2022 el Juzgado Veintiséis Penal del Circuito de Medellín condenó a la señora AJEE a la pena de 50 meses de prisión, por hallarla penalmente responsable del delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, (verbo conservar con fines de venta) en concurso con el delito de Destinación ilícita de bienes muebles e inmuebles. A su vez negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria. Debe la sala analizar si la procesada cumple con los requisitos que se deben cumplir para el reconocimiento del mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria por ser mayor de 65 años de edad.

TESIS: (...) Dígase preliminarmente que, en el ámbito estrictamente normativo, si el condenado registra más de 65 años puede aspirar a que se le otorgue la prisión domiciliaria, en sustitución de la que debe cumplir en sitio de reclusión oficial, así se trate de un delito de los que reseña el artículo 68 A del C.P., en principio, vedado para la concesión de este sustituto. En estos casos, la concesión del subrogado depende de que se demuestren, además del factor etario, aspectos referidos a la modalidad del delito y la personalidad del procesado. (...) Dos requisitos imponen la norma pretranscrita; uno objetivo, relacionado con la edad del implicado; y, otro subjetivo, atinente a su personalidad y la modalidad del delito; ambos se deben cumplir para el reconocimiento del mecanismo sustitutivo, cuando, adicionalmente, no hay prohibición legal, cual fue el argumento del iudex a quo. El denominado requisito objetivo se cumple, pues la filiada supera los 65 años de edad. No ocurre lo mismo con el requisito: «siempre que su personalidad, En efecto, según los hechos de la acusación, consistieron en que el 27 de julio de 2022, en desarrollo de un procedimiento de allanamiento y registro a morada de particular realizado en el inmueble ubicado en la Calle 96 # 49-B-38, interior 134, del barrio Aranjuez del municipio de Medellín, se constató que la señora AJEE mantenía en la cocina de su vivienda, específicamente debajo de la nevera, una sustancia estupefaciente correspondiente a cocaína, con un peso neto de 33,6 gramos, distribuida en 478 papeletas, sin contar con la autorización de la autoridad competente. Es decir, que se trata de las conductas de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y destinación ilícita de bien inmueble, al haberse hallado en la residencia de la señora AJEE sustancia estupefaciente consistente en cocaína (...) Para esta Sala de decisión, sólo la detención en una cárcel haría posible la reinserción social de la procesada y la prevención especial. El derecho penal protege bienes jurídicos, pero también debe dar respuesta adecuada a las violaciones de tales bienes jurídicos y reforzar en consecuencia el sentido y sentimiento de tranquilidad, bienestar y sosiego públicos. Puede decirse entonces que los hechos endilgados son graves y por la modalidad de la comisión de los delitos no es procedente el sustituto penal, en la medida que el ilícito se cometió utilizando un inmueble, es decir, no se requiere salida del mismo para el actuar delictivo, y ahora pretende que se le lleve a dicho inmueble para permanecer allí con clara disponibilidad de continuar con el reato. No deja de ser un contrasentido que se utilice el inmueble para la comisión de delitos y que ahora se le envíe allí para sustituir el lugar de detención, precisamente el lugar de comisión de los delitos. La detención domiciliaria, en el caso concreto, no puede asegurar los objetivos de la pena. (...) Por otra parte, si bien la defensa resalta que la sentenciada contaba, para ese entonces, ad portas de cumplir 69 años, carecía de antecedentes penales y había comparecido a las diligencias judiciales durante el trámite del proceso, tales circunstancias, aunque favorables, no obligan per se al otorgamiento de la prisión domiciliaria. (...) En consecuencia, al no evidenciarse error alguno en la valoración

realizada por el fallador ni en la aplicación de las normas que regulan los subrogados penales, se **confirmará** la decisión de **negar la prisión domiciliaria** a la señora AJEE, debiendo cumplir la pena impuesta en establecimiento carcelario, conforme fue dispuesto en la sentencia de primera instancia.

MP: NELSON SARAY BOTERO

FECHA: 01/06/2026

PROVIDENCIA: SENTENCIA

SALVAMENTO DE VOTO M. ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN
SALA PENAL DE DECISIÓN

Proceso	Ordinario
Radicado	05001600000020220073301
Delito en concurso (Art. 31, C.P.)	Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y Destinación ilícita de inmuebles.
Procesada	[REDACTED]
Hechos investigados	27 de julio de 2022
Juzgado a quo	Veintiséis (26) penal del circuito con funciones de conocimiento de Medellín
Asunto	Prisión domiciliaria por ser mayor de 65 años de edad
Decisión	Confirma y niega sustitución de prisión domiciliaria. Se difiere orden de captura a la ejecutoria de la sentencia de condena
Ponente	NELSON SARAY BOTERO
Providencia	SAP-S-2026-15
Aprobado por Acta	N°15 del 28 de mayo de 2026
Lugar, fecha y hora de la lectura	Medellín, 1° de junio de 2026; Hora: 10:00 am

1. ASUNTO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la defensa en contra de la sentencia condenatoria emitida el 2 de marzo de 2023, por el juzgado veintiséis (26) penal del circuito con funciones de conocimiento de Medellín, en el proceso adelantado en contra de la ciudad [REDACTED]

2. IDENTIFICACIÓN DE LA ACUSADA

Es la ciudad[REDACTED], de mayoría, identificada con la cédula de ciudadanía N° [REDACTED] expedida en Medellín, Antioquia, nacida el 30 de marzo de 1954 en Bogotá - Cundinamarca; es hija de [REDACTED] y [REDACTED].

3. HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELACIONANTE

Los hechos, según la acusación, son los siguientes:

«El 27 de julio de 2022, en procedimiento de allanamiento y registro llevado a cabo en el inmueble ubicado en la [REDACTED] # [REDACTED] interior [REDACTED] [REDACTED]z, Medellín, a las 05:37 horas, la señora [REDACTED] [REDACTED], sin permiso de autoridad competente, conservaba en la cocina de su casa de habitación, debajo de la nevera, sustancia estupefaciente consistente en cocaína en cantidad de 33,6 gramos netos, en presentación de 478 papeletas».

Se formuló imputación el 28 de julio de 2022, ante el juzgado Once Penal Municipal con función de control de garantías de Medellín, por los delitos de *Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes* en concurso con *Destinación ilícita de inmuebles*, en concurso (Art. 31, C.P.).

El 25 de noviembre de 2022, la Fiscalía presentó **preacuerdo** suscrito con la defensa por la conducta de *Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y Destinación ilícita de inmuebles*, aplicando como único beneficio la degradación de la participación en la conducta punible **de autor a cómplice**, para efectos de la tasación de la pena.

El despacho de primer grado aprobó el preacuerdo celebrado entre la Fiscalía y la defensa, dictó sentido de fallo condenatorio y dispuso la realización de la audiencia prevista en el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, con el fin de abordar lo relativo a la individualización de la pena y el estudio de los subrogados o beneficios penales que eventualmente pudieran resultar procedentes, particularmente la solicitud de prisión domiciliaria formulada por la defensa.

4. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El 2 de marzo de 2023, se dictó la respectiva sentencia condenatoria en contra de la señora [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED], imponiéndole una pena de cincuenta (50) meses de prisión y multa de seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (666.66) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un tiempo igual al de la pena principal, por hallarla penalmente responsable del delito de *Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes*, (verbo conservar con fines de venta) en

concurso con el delito de *Destinación ilícita de bienes muebles e inmuebles*.

A su vez negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

Finalmente, ordenó la emisión de la orden de captura en contra de la procesada y decretó el comiso de doscientos setenta y dos mil pesos (\$272.000), incautados en la diligencia de registro y allanamiento, los cuales pasan en forma definitiva a la Fiscalía General de la Nación a través del Fondo Especial para la Administración de Bienes.

5. RECURSO DE APELACIÓN POR PARTE DE LA DEFENSA

La defensa apeló la decisión solicitando su revocatoria en lo referente a la negativa de conceder la **prisión domiciliaria** a la señora [REDACTED].

Cuestiona la valoración probatoria realizada por el *a quo*, particularmente al afirmar que la procesada contaba con una orden de captura previa dentro de una investigación contra una organización criminal, cuando en realidad lo que existía era una orden de registro y allanamiento, tras la cual fue capturada en flagrancia en su lugar de residencia.

Adujo que el despacho realizó apreciaciones subjetivas sin sustento probatorio al señalar que la acusada carecía de valores

y principios y que buscaba obtener dinero fácil, conclusiones que, constituyen un falso juicio de raciocinio, pues no se apoyan en elementos materiales probatorios obrantes en el proceso.

Además, explicó que el juez omitió valorar los elementos aportados, entre ellos la historia clínica y el certificado laboral que acredita que la señora [REDACTED] [REDACTED] ha trabajado por más de diez (10) años en la empresa SOLUPLAS S.A., desempeñándose en oficios varios, lo cual evidencia su arraigo laboral y social, así como su condición de persona humilde y trabajadora.

También sostuvo que no existe prueba que permita concluir que la procesada perteneciera a una organización criminal o que comercializara estupefacientes, pues en ningún momento fue imputada por el delito de *concierto para delinquir* ni se acreditó que recibiera beneficios económicos por la presencia de la sustancia hallada en su vivienda.

Indicó que el único vínculo rel[REDACTED]nte en el proceso es que es madre de [REDACTED], quien sí era investigado y tenía orden de captura, sin que ello implique concertación delictiva entre ambos.

Concluyó que el juzgado tampoco valoró adecuadamente las condiciones personales de la condenada, quien cuenta con casi 69 años, carece de antecedentes penales, posee arraigo social y cumplió con todas las diligencias judiciales durante el proceso.

6. ARGUMENTOS DE DECISIÓN DE LA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala dará respuesta de manera puntual a las inquietudes de la abogada defensora de la sentenciada.

7. SOBRE LA AVANZADA EDAD DE LA PROCESADA

7.1 EL MARCO NORMATIVO

El canon del Art. 314 de la Ley 906 de 2004 dispone:

«Art. 314.- **Sustitución de la detención preventiva.**

Subrogado. L. 1142/07, art. 27. La detención preventiva en establecimiento carcelario podrá sustituirse por la del lugar de residencia en los siguientes eventos:

(...)

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. (...).».

Dígase preliminarmente que, en el ámbito estrictamente normativo, si el condenado registra más de 65 años puede aspirar a que se le otorgue la prisión domiciliaria, en sustitución de la que debe cumplir en sitio de reclusión oficial, así se trate de un

delito de los que reseña el artículo 68 A del C.P., en principio, vedado para la concesión de este sustituto.

En estos casos, la concesión del subrogado depende de que se demuestren, además del factor etario, **aspectos referidos a la modalidad del delito y la personalidad del procesado**¹.

7.2 CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE LAS NORMAS APLICADAS

Mediante sentencia C-318 de 2018, dispuso la Corte Constitucional:

«Primero: Declarar la exequibilidad condicionada del párrafo del artículo 27 de la Ley 1142 de 2007, en el entendido que el juez podrá conceder la sustitución de la medida, 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, y en relación exclusiva con las hipótesis previstas en los numerales 2, 3, 4, y 5 del artículo 27 de la Ley 1142 de 2007».

¹ CSJ SP 1863-2025, rad. 68.612 de 10 septiembre 2025.

Por sentencia C-904 de 2008, se decidió:

«Primero. – ESTARSE A LO RESUELTO en la Sentencia C-318 de 2008 que declaró la exequibilidad condicionada del “*parágrafo del artículo 27 de la Ley 1142 de 2007, en el entendido que el juez podrá conceder la sustitución de la medida, 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, y en relación exclusiva con las hipótesis previstas en los numerales 2, 3, 4, y 5 del artículo 27 de la Ley 1142 de 2007*».

La Corte Constitucional en sentencia C-910 de 2012, informó que la expresión «*personalidad*» contenida en dicha norma fue declarada exequible, pues esta condición no contraría el derecho penal de acto ni viola la igualdad.

A juicio del alto tribunal, la concesión de ese beneficio no criminaliza la condición personal. Además, el análisis de la personalidad solo se refiere a los aspectos directamente relacionados con el fin de la medida de aseguramiento y es compatible con la detención domiciliaria.

La Corte explicó que el estudio de las condiciones personales se realiza ante cualquier decisión de ese tipo y no solo frente a los adultos mayores. Por lo tanto, no existe discriminación entre estos y los demás procesados incluidos en la normativa.

Concluyó que, aunque el concepto es indeterminado, el otorgamiento del beneficio no depende del criterio subjetivo del juez, sino de ***consideraciones objetivas***.

Por otro lado, precisó que la labor del juez no es valorar las condiciones personales del imputado o acusado mayor de 65 años, sino estructurar juicios de tipo prospectivo e identificar las características que inciden en el cumplimiento de los fines de las medidas de aseguramiento, para establecer si la detención domiciliaria puede asegurar estos objetivos.

De acuerdo con el fallo, no se trata 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.

7.3 FINALIDADES DE LA PENA A IMPONER

La individualización de la sanción ha de orientarse por los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, como lo dicta el artículo 3° del Código Penal.

Así mismo, ha de atender a la realización de las finalidades de la pena, consistentes, a voces del Art. 4° del C.P., en la prevención

(general y especial), la retribución justa, la reinserción social y la protección del condenado².

La prevención general, también conocida como prevención primaria o intimidación, pretende que las personas se abstengan de cometer delitos para lo cual se acude a la amenaza de pena, al efecto psicológico, para que el ciudadano se inhiba de infringir la prohibición legal.

Es decir, pretende evitar delitos, actuar antes de su comisión, razón por la que se entiende el sentido de la pena pues su aplicación hace que las personas desistan o se abstengan de cometer delitos³.

Ésta es la vertiente que se conoce como **prevención general negativa**. La prevención general negativa es intimidación, es amenaza, es susto; etc., lo que se obtiene a través de la sanción fijada por el legislador para cada tipo penal y con la efectiva aplicación y ejecución de la pena.

A la intimidación se le conoce como prevención general negativa; y a la prevención-integración o prevención-compensadora, o prevención-estabilizadora, como **prevención general positiva**, en el sentido de seguridad jurídica que se logra mostrando que el Derecho opera ya que se castiga al responsable, su pretensión es

² CSJ SP 918-2016, rad. 46.647 de 3 febrero 2016.

³ Pérez Pinzón, Álvaro Orlando. *Las funciones de la pena. Especial énfasis en la resocialización*, conferencia dictada el 27 abril 1993 en el Primer Simposio Internacional de Criminología y Asuntos Penitenciarios, publicado en la Revista Derecho Penal y Criminología, Universidad Externado de Colombia, Volumen XV, Número 50, mayo/agosto, Bogotá, 1993, p. 16.

pues la integración a valores, la enseñanza y la convivencia social.

El concepto de prevención general en las teorías mixtas o unificadoras, como la de la diferenciación, ha llevado a entender la prevención general como una búsqueda de la evitación del delito hasta donde sea posible para mantener la convivencia social; la pena, entonces, no se dirige al condenado, sino que mira a la sociedad⁴.

La prevención especial es conocida como prevención subsiguiente, secundaria, individual o *a posteriori*.

Se pretende evitar la reincidencia en el delito mediante el tratamiento penitenciario, esto es, impedir la recaída en el delito corrigiendo al desviado⁵. Se pretende que con la pena el autor desista de futuros delitos, la prevención va dirigida al autor individual⁶. Es la amenaza de un mal ante la violación de las prohibiciones⁷.

El mero concepto de prevención especial, sin otras limitantes, y como toda teoría en esta delicada materia, también ha recibido críticas porque se fundamenta en la peligrosidad lo que es incompatible con el principio de culpabilidad; porque puede generar penas desproporcionadas; porque es determinista, etc.

⁴ Pérez Pinzón, Álvaro Orlando. Op. cit., p. 19.

⁵ Pérez Pinzón, Álvaro Orlando, op. cit., p. 18.

⁶ Roxin, Claus. *Derecho penal, parte general, La Estructura de la teoría del delito*, Tomo I, Madrid, Editorial Civitas, 1997, p. 85.

⁷ Corte Constitucional, sentencia C-430 de 1996.

La **prevención especial positiva** busca la corrección, la readaptación a la sociedad, la resocialización dentro del marco de la dignidad humana, la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad⁸.

Con este concepto se entiende que no necesariamente se tendrían que perseguir todas las conductas presuntamente punibles; se posibilita la aplicación de soluciones alternativas, por ejemplo, la conciliación, la mediación, la suspensión del procedimiento a prueba y la indemnización integral de la víctima⁹.

La función resocializadora hace parte del tratamiento penitenciario y en tal sentido preceptúa el artículo 10°, ordinal 3°, del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, aprobado por la Ley 74 de 1968: *«el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados»*.

Por su parte, la denominada **prevención especial negativa** busca la neutralización del infractor, su aislamiento e inocuización.

Se ha explicado por la doctrina especializada que el *«término ‘inocuización’ del delincuente nos suena a antiguo. Su innegable vinculación al positivismo criminológico y su práctico abandono en la teoría de los fines del Derecho penal del último medio siglo hace que no se encuentren apenas referencias al mismo en los textos*

⁸ Corte Constitucional, sentencia C-261 de 1996.

⁹ Molina López, Ricardo. *Justicia retributiva, justicia premial, justicia restaurativa y justicia transicional: ¿diferentes verdades en el proceso penal?*, Perspectivas y retos del proceso penal, UPB, 2015, Duque Pedroza, Andrés Felipe, compilador, p. 140.

que dan cuenta de la discusión continental europea al respecto. Ello, con independencia de la existencia, en mayor o menor medida, de instituciones como, por ejemplo, la ‘custodia de seguridad’ (Sicherungsverwahrung) alemana, orientadas básicamente, aunque no exclusivamente (pues la dimensión resocializadora nunca se excluye de tales consecuencias jurídicas), a la inocuización de delincuentes habituales. Frente a ello, debe reconocerse, sin embargo, que la inocuización (incapacitation) nunca estuvo fuera de la discusión norteamericana en relación con los fines de la pena. Muy al contrario, al tratarse allí de un debate en el que la ponderación de costes y beneficios económicos ha desempeñado siempre un papel relevante, también ha subsistido la disposición a considerar argumentos que justificaran la utilidad de la inocuización de determinados grupos de delincuentes. En las últimas décadas, esta tendencia ha experimentado un auge considerable, a partir de dos fenómenos: uno, legislativo, la proliferación de las leyes ‘three strikes’; el otro, doctrinal, la difusión de las teorías de la inocuización selectiva (selective incapacitation)»¹⁰.

Explicó la Corte en CSJ SP, 6 junio 2012, rad. 35.767, que la prevención especial o «protección especial surge para impedir la continuación de la actividad delictiva y la venganza privada y que ésta se imponga sobre la estatal».

¹⁰ Silva Sánchez, Jesús María. *El retorno a la inocuización. El caso de las reacciones jurídico penales frente a los delincuentes sexuales violentos*, Revista De Derecho (Coquimbo. En línea), (8), 177-188.

Recuperado a partir de <https://revistaderecho.ucn.cl/index.php/revistaderecho/article/view/2196>.

La decisión de someter a una persona a un régimen de privación de libertad conlleva el padecimiento de condiciones de electividad que van más allá del contenido propio del encierro o de la sola restricción en las posibilidades de desplazamiento. Supone además la sujeción del desempeño vital y cotidiano a condiciones excepcionales, diversas a las que naturalmente propone el medio libre¹¹.

7.4 LA EDAD DE LA PROCESADA Y LA NECESIDAD DE PENA INTRACARCELARIA EN EL CASO CONCRETO.

Dos requisitos imponen la norma pretranscrita; uno objetivo, relacionado con la edad del implicado; y, otro subjetivo, atinente a su personalidad y la modalidad del delito; ambos se deben cumplir para el reconocimiento del mecanismo sustitutivo, cuando, adicionalmente, no hay prohibición legal, **cual fue el argumento del iudex a quo.**

El denominado requisito objetivo se cumple, pues la filiada supera los 65 años de edad.

¹¹ Maldonado Fuentes, Francisco. *Adulto mayor y cárcel: ¿cuestión humanitaria o cuestión de derechos?*, Polít. crim. Vol. 14, No 27 (Julio 2019), Art. 1, pp. 1-46. Carnelli, Raúl; Maldonado Fuentes, Francisco. *El tratamiento penitenciario en Chile. Especial atención a problemas de constitucionalidad*, Revista Ius Et Praxis, año 19, N° 2, (2013), pp. 385-418, p. 395. Novoa Monreal, Eduardo. *Curso de derecho penal chileno*, Reimpresión de la Tercera edición, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2010, p. 303. Matus Acuña, Jean Pierre; Ramírez G., Cecilia, *Lecciones de derecho penal chileno. Parte especial*, Tomo I, Santiago, Edit. Thomson Reuters, 2015, p. 285. Ortiz Q., Luis; Arévalo C., Javier. *Las consecuencias Jurídicas del delito*, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2013, pp. 124 y 125. Sobre las condiciones que supone la sujeción al régimen penitenciario Guzmán Dálbora, José Luis. *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*, Montevideo, Buenos Aires, B de F, 2009, pp. 230 y ss.

No ocurre lo mismo con el requisito: **«siempre que su personalidad, la naturaleza y modalidad del delito hagan aconsejable su reclusión en el lugar de residencia»**.

En efecto, según los hechos de la acusación, consistieron en que el 27 de julio de 2022, en desarrollo de un procedimiento de allanamiento y registro a morada de particular realizado en el inmueble ubicado en la [REDACTED] # [REDACTED], interior 134, del barrio Aranjuez del municipio de Medellín, se constató que la señora [REDACTED] [REDACTED] mantenía en la cocina de su vivienda, específicamente debajo de la nevera, una sustancia estupefaciente correspondiente a cocaína, con un peso neto de 33,6 gramos, distribuida en 478 papeletas, sin contar con la autorización de la autoridad competente.

Es decir, que se trata de las conductas de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y destinación ilícita de bien inmueble, al haberse hallado en la residencia de la señora [REDACTED] [REDACTED] sustancia estupefaciente consistente en cocaína, en cantidad de 33,6 gramos netos distribuidos en 478 papeletas, razón por la cual se endilgó jurídicamente dichas conductas.

No puede perderse de vista que la comisión del reato es proyección de la personalidad.

No puede hacerse una distinción entre delito y personalidad, pues las conductas delictuosas reflejan la personalidad, como lo ha dicho la jurisprudencia, así:

«La actividad humana, en particular la delictuosa, es expresión de la personalidad, por lo que una distinción entre delito y personalidad es ilegítima. En el momento de la infracción existe una ecuación perfecta entre el uno y la otra.

El delito pues, refleja la personalidad de su autor, y tal conclusión no es arbitraria ni injusta, “toda vez que el mismo resulta acorde con la norma penal, pues si por personalidad se entiende el conjunto de factores singularizantes del individuo, reflejo de su manera de ser y de actuar, ha de estimarse el comportamiento criminal desplegado, como parámetro decisivo para determinar ese aspecto»¹².

Para esta Sala de decisión, sólo la detención en una cárcel haría posible la reinserción social de la procesada y la prevención especial.

El derecho penal protege bienes jurídicos, pero también debe dar respuesta adecuada a las violaciones de tales bienes jurídicos y reforzar en consecuencia el sentido y sentimiento de tranquilidad, bienestar y sosiego públicos.

Puede decirse entonces que los hechos endilgados son graves y por la modalidad de la comisión de los delitos no es procedente el sustituto penal, en la medida que el ilícito se cometió utilizando

¹² CSJ AP 21 octubre 1997, rad. 12.911.

un inmueble, es decir, no se requiere salida del mismo para el actuar delictivo, y ahora pretende que se le lleve a dicho inmueble para permanecer allí con clara disponibilidad de continuar con el reato.

No deja de ser un contrasentido que se utilice el inmueble para la comisión de delitos y que ahora se le envíe allí para sustituir el lugar de detención, precisamente el lugar de comisión de los delitos.

La detención domiciliaria, en el caso concreto, no puede asegurar los objetivos de la pena.

Ahora bien, frente a los argumentos expuestos por la defensa encaminados a cuestionar las consideraciones del juez de primera instancia respecto de la personalidad de la procesada y la valoración de los elementos aportados para la concesión de la prisión domiciliaria, esta Sala estima que no tienen la entidad suficiente para desvirtuar la decisión adoptada.

En primer lugar, si bien la defensa afirma que el despacho realizó apreciaciones sin sustento probatorio al referirse a la carencia de valores y al ánimo de obtener dinero fácil por parte de la sentenciada, lo cierto es que dichas consideraciones no constituyen afirmaciones arbitrarias, sino que se enmarcan dentro del análisis subjetivo que el juez debe efectuar al estudiar la procedencia de los subrogados penales, particularmente cuando se trata de la sustitución de la ejecución de la pena conforme a lo previsto en el artículo 314 de la Ley 906 de 2004.

En este sentido, el juzgador está llamado a valorar la naturaleza, modalidad y gravedad de la conducta punible, así como las circunstancias en que esta fue ejecutada.

En el caso concreto, se acreditó que en la residencia de la procesada se halló sustancia estupefaciente consistente en cocaína en cantidad de 33,6 gramos netos distribuidos en 478 papeletas, lo cual permite inferir razonablemente que la sustancia estaba destinada a su eventual comercialización, circunstancia que incrementa la lesividad de la conducta frente al bien jurídico de la salubridad pública.

A ello se suma que la propia procesada aceptó los cargos en virtud del preacuerdo celebrado con la Fiscalía, circunstancia que permitió tener por demostrada su responsabilidad penal en los delitos de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y destinación ilícita de bien inmueble.

Es más, en el escrito de acusación se indicó que la filiada *«tenía guardados doscientos setenta y dos mil doscientos pesos (\$272.200°) en efectivo en billetes, en su mayoría de baja denominación y en gran cantidad de monedas»*, precisamente dinero objeto de comiso, y decisión no cuestionada en esta instancia.

Ahora bien, dentro del análisis subjetivo exigido por la norma, esta Sala advierte que los elementos probatorios obrantes en la actuación permiten inferir que la sentenciada tenía pleno conocimiento de la actividad ilícita que se desarrollaba en su

lugar de residencia y de las consecuencias que ello generaba para el orden social y la salubridad pública.

En efecto, dentro del material probatorio allegado por la Fiscalía se encuentra el resultado de labores investigativas que incluyeron interceptaciones de comunicaciones, a partir de las cuales se evidenció que la procesada sostuvo conversaciones con su hijo en las que le advertía que debía retirar las sustancias estupefacientes del inmueble, debido a la frecuente presencia policial en el sector.

Tal circunstancia revela no solo el conocimiento de la existencia de la sustancia ilícita en su propiedad, sino también una actitud orientada a preservar dicha actividad frente a la eventual intervención de las autoridades, lo que demuestra un grado de conciencia y dominio de la situación incompatible con la tesis defensiva según la cual se trataría de una conducta ajena a su voluntad o desconocida por ella.

De igual forma, el argumento según el cual no existe prueba de que la acusada perteneciera a una organización criminal o que hubiese sido imputada por el delito de *concierto para delinquir*, resulta irrelevante para los fines del análisis que aquí se realiza, pues la condena no se sustentó en la pertenencia a una estructura delincencial, sino en la acreditación de los elementos típicos de los delitos por los cuales aceptó cargos la procesada, los cuales se encuentran plenamente demostrados dentro de la actuación.

Por otra parte, si bien la defensa resalta que la sentenciada contaba, para ese entonces, *ad portas* de cumplir 69 años, carecía de antecedentes penales y había comparecido a las diligencias judiciales durante el trámite del proceso, tales circunstancias, aunque favorables, no obligan *per se* al otorgamiento de la prisión domiciliaria.

En efecto, el cumplimiento del requisito objetivo relativo a la edad no exonera al juez de realizar el análisis que exige la norma, el cual comprende la valoración de la modalidad de la conducta, el grado de conocimiento del comportamiento ilícito y el impacto social del delito cometido.

Así las cosas, atendiendo a la naturaleza del delito relacionado con el tráfico de estupefacientes, a la modalidad de ejecución evidenciada en la conservación de la sustancia ilícita en el inmueble habitado por la procesada y a las circunstancias demostradas en la actuación que evidencian su conocimiento y participación consciente en la actividad ilícita, esta Sala comparte las conclusiones a las que arribó el juez de primera instancia en cuanto a la improcedencia de la prisión domiciliaria.

En consecuencia, al no evidenciarse yerro alguno en la valoración realizada por el fallador ni en la aplicación de las normas que regulan los subrogados penales, se **confirmará** la decisión de **negar la prisión domiciliaria** a la señora [REDACTED], debiendo cumplir la pena impuesta en establecimiento carcelario, conforme fue dispuesto en la sentencia de primera instancia.

En ese contexto, según la Corte en CSJ SP 57763-2020 de 4 de noviembre de 2020 aun cuando la defensa invoca la edad de la sentenciada como fundamento para acceder al sustituto de la prisión domiciliaria, debe recordarse que **la condición de ser mayor de 65 años no conlleva automáticamente la concesión de dicho beneficio**, pues el juez debe realizar un examen de la naturaleza y modalidad del delito cometido, para determinar si resulta aconsejable el cumplimiento de la pena en el lugar de residencia y no en establecimiento carcelario.

Emerge claro que al concederse el sustituto penal puede darse continuidad a la actividad ilegal y/o perpetrarse la reincidencia en el delito, bajo ese contexto, no se atiende las finalidades de la pena.

Por demás, hasta el momento, no hay lugar a suponer fundadamente que la filiada se encuentra readaptada socialmente y/o que no va a continuar con la actividad ilícita, incluso desde otro lugar diferente a su residencia.

Por demás, no puede soslayarse que las conductas relacionadas y endilgadas a la aquí acriminada, ofende varios intereses jurídicos colectivos, la salubridad pública, la seguridad pública, el orden económico social, la vida, la dignidad humana y el derecho a la paz, entre otros (Cfr. Sentencias C-221 de 1994 y C-420 de 2002 de la Corte Constitucional); es decir, se protegen intereses jurídicos colectivos (Cfr. C-420 de 2002, de la Corte Constitucional), los cuales inexorablemente fueron trasgredidos por la sentenciada.

El derecho penal protege bienes jurídicos, pero también debe dar respuesta adecuada a las violaciones de tales bienes jurídicos y reforzar en consecuencia el sentido y sentimiento de tranquilidad, bienestar y sosiego públicos.

Puede decirse entonces que los hechos endilgados son graves y por la modalidad de la comisión de los reatos no es procedente el sustituto penal.

En síntesis, la detención domiciliaria, en el caso concreto, no puede asegurar los objetivos de la pena, razón por la cual se confirmará la decisión de primera instancia.

8. PRECEDENTES JUDICIALES SOBRE EL TEMA ██████████LIZADO

81. PROVIDENCIA CS SP 4237-2020 DE 4 NOVIEMBRE DE 2020, RAD. 1216/57763

En providencia CS SP 4237-2020 de 4 noviembre de 2020, rad. 1216/57763, se indicó que para los efectos del otorgamiento del sustituto de la prisión domiciliaria fundada en el numeral 2º del artículo 314 del C.P.P., no solamente se debe acreditar que el acusado es mayor de 65 años, sino también que *«su personalidad, la naturaleza y modalidad del delito hagan aconsejable su reclusión en el lugar de residencia»*.

En cuyo caso se deben estudiar las funciones de la pena y su forma de ejecución¹³.

Se adicionaron como argumentos: (i) que la comunidad en general y los servidores públicos en especial deben recibir un mensaje claro y determinante de que el camino contrario a los deberes legales no es una opción de vida bajo ninguna circunstancia; (ii) menos cuando el ejercicio de la labor representa una retribución digna por parte del Estado; (iii) se debe enviar un mensaje certero a los que laboran en la administración de justicia, principal bastión del Estado democrático, de que el estrado y la toga que tanta admiración y respeto irradian no puede mancillarse ni siquiera en el pensamiento del más débil. El juez debe ser probo y actuar de manera virtuosa más allá de la obligación por vocación y misticismo; (iv) el bien jurídico tutelado en los delitos contra la administración pública, es el derecho de los ciudadanos a contar con funcionarios; especialmente con jueces probos, impolutos, virtuosos; que den cumplimiento al mandato constitucional de hacer preponderar el interés general, de servir a la comunidad y mantener un orden jurídico justo, al servicio del Estado y del pueblo.

Es decir, no es suficiente el cumplimiento objetivo de los 65 años.

Se reiteró que el caso no se asimila al evento definido mediante la sentencia CSJ SEP-00075-2019 de 8 de julio de 2019, rad. 00082, emitida por la Sala Especial de Primera Instancia, pues si

¹³ CSJ SP 4945-2019 de 13 noviembre 2019, rad. 53.863.

bien se procedía por un delito contra la administración pública, la prisión domiciliaria fue otorgada en virtud de haberse demostrado la condición de madre cabeza de familia de la procesada y no con fundamento en el artículo 314. 2 y 4 de la Ley 906 de 2004.

8.2 PROVIDENCIA CSJ AP 51142-2020 DE 29 ABRIL 2020

En providencia CSJ AP 51142-2020 de 29 abril 2020, se indicó que el hecho de contar con 69 años de edad no configura una causal objetiva para cambiar el sitio de reclusión.

Para ese precedente se indicó que tal beneficio es improcedente ante la exclusión referida a los delitos por los cuales fue juzgado el procesado, que hacen parte del amplio catálogo de conductas exceptuadas, a saber, concierto para delinquir, peculado por apropiación y pr[]ricato por acción.

8.3 PROVIDENCIA CSJ SP 1863-2025, RAD. 68.612 DE 10 SEPTIEMBRE 2025

En la providencia CSJ SP 1863-2025, rad. 68.612 de 10 septiembre 2025, la Corte estudió un tema relacionado con el caso del sub *exámine*, pero dicho precedente cuenta con circunstancia muy disímiles.

En efecto:

Uno: allí se trató de un delito de Omisión del agente retenedor o recaudador (Art. 402 del C.P.) con expresa prohibición legal de concesión de subrogados penales.

Se dijo:

«Precisamente, el inciso final de la norma reseñada detalla que la prohibición de otorgar subrogados penales en delitos, entre otros, que afecten a la administración pública -como se reputa el de omisión de agente retenedor o recaudador- no aplica en los casos de sustitución “de la ejecución de la pena”, en los “eventos contemplados en los numerales 2º, 3º, 4º y 5º del artículo 314 de la Ley 906 de 2004” (...).».

La señora [REDACTED] [REDACTED] está siendo procesada por el concurso de delitos de *Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes* y *Destinación ilícita de inmuebles*.

Dos: el delito de Omisión del agente retenedor o recaudador no requiere un lugar concreto de comisión el reato, como sí lo es el de *Destinación ilícita de inmuebles* y la conservación en dicho inmueble de sustancias sicotrópicas prohibidas legalmente.

Tres: es cierto que en ambos casos el delito no está enlistado en el párrafo del Art. 314 del C.P.P., pero la Corte explicó que la concesión del subrogado depende de que se demuestren, además

del factor etario, **aspectos referidos a la modalidad del delito y la personalidad del procesado**¹⁴.

Cuatro: allí se trató de una mujer de 87 años con algunas enfermedades que la aquejan; aquí es mujer *ad portas* de cumplir los 69 años de edad, al parecer sin enfermedades rel[REDACTED]ntes.

Cinco: en tema de «**modalidad del delito y personalidad de la acusada**», se definió que la conducta atribuida a la acusada no supera la gravedad propia de su conformación típica como punible, aún si se trata de un punible que afecta a la administración pública, al punto que, se destaca, incluso permite la terminación tempr[REDACTED] del proceso **cuando se pagan oportunamente los dineros adeudados**.

En el *sub lite*, es un punible que se comete desde el lugar de residencia, que la implicada buscó que su propio hijo resguardara el estupefaciente en otro sitio debido al acoso policial, y ahora pretende está allí, para con facilidad, seguir en la misma actividad; además, ninguno de los delitos permite la terminación de la acción penal por vía de la preclusión como el pago o la reparación integral.

Seis: allí se afirmó que la acusada posee arraigo y nada se dijo sobre su personalidad, que permita hacer un pronóstico negativo u obligue concluir que requiere de efectivo tratamiento penitenciario.

¹⁴ CSJ SP 1863-2025, rad. 68.612 de 10 septiembre 2025.

En el sub lite, ya se ■■■lizó la personalidad de la justiciable y el uso que pretendía hacer de su propio hijo para resguardar el alijo.

Siete: allí se indicó que era evidente condición de vulnerabilidad de la acusada **-enfoque etario-**, que su personalidad carente de antecedentes penales, que no se cuentan con elementos de juicio que informen de algún tipo de peligro para la comunidad, **la naturaleza del delito por el cual se le condena** y la forma en que se puede ver afectada por esa condición de reclusión, así sea por poco tiempo, los jueces ordinarios tenían a la mano las herramientas jurídicas, fácticas y probatorias necesarias para resolver de fondo la cuestión.

En el caso de estudio, se ha hecho énfasis en la modalidad de comisión del reato: cometido desde la misma vivienda.

9. SOBRE LA CAPTURA DE LA JUSTICIABLE

9.1 SE LIBRÓ ORDEN DE CAPTURA DESDE LA SENTENCIA

En el numeral segundo del fallo se ordenó la emisión de orden de captura en contra de la procesada, bajo los siguientes argumentos:

«Así entonces, también se niega la prisión domiciliaria como sustitutiva de la ejecución de la pena y como quiera que la señora Echavarría Escobar se encuentra en libertad, se expedirá orden de captura en su contra, para que se le prive de su

libertad en centro carcelario y con ello cumpla con la pena impuesta en este fallo.».

9.2 SE EXIGE ARGUMENTACIÓN SUFICIENTE PARA LA EXPEDICIÓN DE ORDEN DE CAPTURA

Mediante providencias CSJ STP 5495-2023, rad. 130.745 de 8 de junio de 2023; CSJ STP 732-2025, rad. 141.591 de 23 enero 2025, se hace una reinterpretación del canon 450 del C.P.P.

Se dice en dichas providencias que nunca ha estado en discusión la facultad que le otorga la ley al sentenciador de anticipar la captura del acusado no privado de la libertad, pues, el mismo canon 450 del Código de Procedimiento Penal así lo establece, cuando indica «(s)i la detención es necesaria», podrá hacerlo con efecto inmediato.

Los artículos 295 y 296 de la Ley 906 de 2004, encabezan el título IV alusivo al régimen de la libertad y su restricción y consagran en términos generales las disposiciones comunes que desarrollan el principio general de la libertad contenido en la Constitución y código adjetivo penal.

De tales normas se extraen varias conclusiones:

Uno: las aludidas pautas normativas transversalizan todo el régimen de privación de la libertad en el proceso penal, por lo tanto, en manera alguna se limitan a una etapa procesal en concreto, como sería, por ejemplo, la que se desarrolla en los

albores del mismo, a la hora de examinar la procedencia o no de la detención preventiva. Con lo cual, debe concluirse que el carácter excepcional de la restricción en comento, su aplicación bajo ciertos criterios y el seguimiento de sus fines se predicen de toda decisión en la que esté en juego la limitación a la libertad del implicado.

Refuerza lo dicho recordar que tales normas hacen parte de las «*disposiciones comunes*», que consagra el Código de Procedimiento Penal.

Dos: desarrollan tácitamente la escogencia y aplicación de una metodología de análisis denominada el *test de razonabilidad*, a partir del cual, la intromisión en un derecho fundamental, en este caso, la libertad, está justificada siempre que la medida aflictiva sea adecuada, necesaria y proporcional.

Cuando el artículo 295 del C.P.P. indica que la restricción de la libertad, además de ser excepcional, su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales, está incorporando en otras palabras el mencionado *test de razonabilidad* al exigir un juicio de ponderación y proporcionalidad, esta vez, entre la medida restrictiva, sus fines y la libertad del procesado.

Tres: el reconocimiento expreso y legal del principio *pro libertate*, pues, el primer artículo en cita entrega herramientas de suma importancia para afirmar que ante «*situaciones en las que se llegue a la conclusión motivada, justificada y, especialmente, razonable acerca de que pasajes legales puedan ser oscuros o*

contradictorios, es necesario que se interpreten de manera restrictiva, resaltando la excepcionalidad con que debe ser vista la permisión constitucional y legal de autorizar la privación y la restricción a la libertad personal» (CSJ AP, 20 octubre 2005, rad. 24.152).

Este principio impone que el operador jurídico debe preferir la norma o interpretación de esta que restrinja en menor grado la libertad, lo que supone entonces que para ir en contra de esta **se exigen intensos niveles de justificación y argumentación** de cara a su limitación.

A la par del principio *pro libertate* puede agregarse a este escenario de análisis el principio general de *presunción de inocencia*.

Cuatro: de manera *prima facie* mientras no haya fallo de responsabilidad en firme, no habría lugar a privar de la libertad a un procesado, en tanto ello sería equivalente a tratarlo como «*culpable*», sabiéndose que, dicho precepto en manera alguna, ostenta carácter absoluto, pues, habrá casos en los que, dicha regla deba exceptuarse y, en ese orden de prioridades, justificarse por qué, a pesar de la presunción en cita, un enjuiciable tiene que esperar los resultados del proceso en condición de detenido.

Bajo esa lógica, a partir de los principios en comento, alusivos a la preferencia de la libertad y presunción de inocencia, **la carga argumentativa la tiene el operador judicial** cuando, pese a no contar con sentencia de condena ejecutoriada, debe explicar el

porqué de la intromisión anticipada que derive en el encarcelamiento del acusado.

Por lo tanto, la negativa a los subrogados penales, no es razón suficiente para proceder a disponer la aprehensión inmediata, en la medida que una interpretación de ese tenor se ofrece restrictiva y contraria a la teleología del sistema penal actual.

Cinco: a similar conclusión llega la Corte Constitucional en sentencia T-082 de 2023, cuando estimó como razón fundamental (*ratio decidendi*) de una violación al derecho a la libertad el que el juez, al momento de dar lectura al fallo condenatorio, no haya argumentado por qué era necesario ordenar la captura inmediata del actor.

Para la Corte: *«Esa motivación era indispensable para explicar las razones que llevaron a cambiar la posición del juzgador respecto de la necesidad de la pena, como lo establece la Sentencia C-342 de 2017. El requerimiento de la carga argumentativa era reforzado, toda vez que la pena de restricción de la libertad es la medida más excepcional en el ordenamiento jurídico criminal».*

Seis: son factores para tener en cuenta a la hora de motivar la necesidad de imponer captura inmediata de acuerdo con el artículo 450 del Código de Procedimiento Penal, entre otros, los principios de necesidad y proporcionalidad, junto con los artículos 54 y 63 del Código Penal, es decir, las circunstancias de mayor y menor punibilidad y la suspensión condicional de la ejecución de la pena y demás subrogados.

9.3 SOBRE LA ORDEN DE CAPTURA LIBRADA EN EL CASO CONCRETO

Es claro que el juez fallador de instancia no presentó una carga argumentativa suficiente y sólida para librar orden de captura en contra de la filiada, razón por la cual se ha de revocar la orden emitida desde el fallo.

En su lugar, se dispondrá que la orden de captura se libere una vez cobre ejecutoria la sentencia de condena, lo que se hará por el despacho de primera instancia y/o en su lugar, por el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad a quien corresponda la vigilancia de la sanción penal.

De todas maneras, de constatarse que la filiada haya sido o sea capturada por razón o con ocasión de la orden de captura librada desde el anuncio de sentido de fallo en este asunto, entonces, por el despacho de primera instancia o por el *ad quem* (magistrado sustanciador) se dispondrá la libertad inmediata que se hará efectiva si la procesada no es requerida por otra autoridad judicial.

10. CONCLUSIÓN

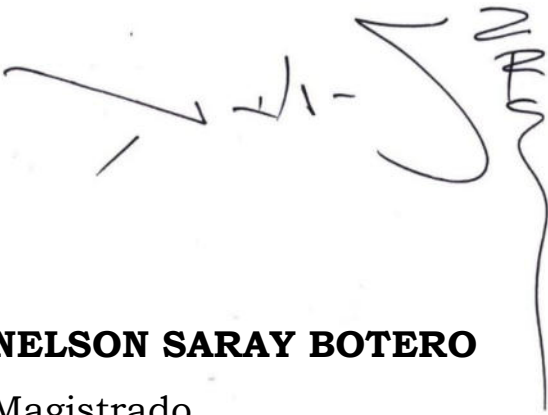
Se ha de confirmar la sentencia de condena, por las razones expuestas, y negar, en consecuencia, la prisión domiciliaria.

La orden de captura librada para el momento del anuncio de sentido de fallo, como no tuvo argumentación suficiente, se revocará; en su lugar, se dispondrá a librar orden de captura una vez cobre ejecutoria la sentencia penal.

11. RESOLUCIÓN

EL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA DE DECISIÓN PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **(i) CONFIRMA** la sentencia de condena proferida el 2 de marzo de 2023 por el juzgado veintiséis penal del circuito con funciones de conocimiento de Medellín, en contra de la ciudad ██████████ ██████████ ██████████, de condiciones civiles y naturales ya conocidas, y **no se accede** al pedimento de la prisión domiciliaria, bajo ninguna modalidad, por las razones expuestas; **(ii) SE REVOCA** la orden de captura emitida desde el anuncio de sentido de fallo, para en su lugar, disponer que la orden de captura se libere una vez cobre ejecutoria la sentencia de condena, lo que se hará por el despacho de primera instancia y/o en su lugar, por el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad a quien corresponda la vigilancia de la sanción penal; **(iii) ADVERTIR** que de constatarse que la filiada haya sido o sea capturada por razón o con ocasión de la orden de captura librada desde el anuncio de sentido de fallo en este asunto, entonces por el despacho de primera instancia o por el *ad quem* (magistrado sustanciador) se dispondrá la libertad inmediata que se hará efectiva si la procesada no es requerida por otra autoridad judicial; **(iv)** contra esta decisión que se notifica en estrados procede casación

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NELSON SARAY BOTERO
Magistrado



CLAUDIA PATRICIA VÁSQUEZ TOBÓN
Magistrada

(CON SALVAMENTO DE VOTO)
ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ
Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO

DOCTORES

NELSON SARAY BOTERO y

CLAUDIA PATRICIA VÁSQUEZ TOBÓN.

Magistrados.

La primera inquietud respecto al proyecto surgió de una afirmación contenida en la página 19 del proyecto en el que se hablaba de una interceptación telefónica en la que se afirmaba que la procesada hablaba con su hijo y le decía que **“que debía retirar las sustancias estupefacientes del inmueble, debido a la frecuente presencia policial en el sector.”** Si la afirmación es cierta, el responsable de este hecho es el hijo y no la madre, más cuando se da aplicación al artículo 33 de la Constitución Política.

Lo anterior impuso el compromiso del estudio del caso ante la duda de cometer una abierta injusticia. Ello en desarrollo del deber del juez de hacer justicia material aún frente a argumentos formales según los cuales “la limitación temática del recurso impide ir más allá del mismo”. Creo que, en defensa de los derechos fundamentales, en desarrollo de la función constitucional de la judicatura, sí se tiene que hacer un control material del acuerdo, en orden a la verificación de todos los elementos de la conducta punible y del respeto absoluto de las garantías no solo del procesado, sino también de los otros sujetos e intervinientes. En este caso el análisis que se hace beneficia los intereses de la procesada.

En términos de los procesalistas clásicos, se tiene que afirmar que sí se puede conocer ULTRA y EXTRA PETITA, en orden a evitar una vulneración grave de los derechos fundamentales de quienes están comprometidos con el conflicto penal que la judicatura conoce. Con la Constitución actual, el ser humano y sus derechos fundamentales están por encima de las instituciones jurídicas y procesales.

Es obvio que lo primero a establecer es el contenido de la interceptación, a fin de establecer la relación que tenía la procesada con el estupefaciente, ello implicó a la vez estudiar toda la prueba allegada. Encontré lo siguiente:

1. El contexto en que se desarrolló el caso es el de una investigación realizada en contra de una organización criminal dedicada al expendio de estupefacientes en el barrio Aranjuez y sus alrededores en la ciudad de Medellín. Ello implicó hacer seguimientos en orden a identificar a los integrantes de esa estructura. Uno de los miembros de tal organización es identificado como [REDACTED] alias [REDACTED]. También se identificó una de sus residencias, ello implicó que en su contra se emitiera una orden de captura y el all[REDACTED]miento a la residencia con la siguiente dirección: Calle 97 No. 46-39 interior 201 Barrio Aranjuez. Además, se habla de una interceptación telefónica en la cual este señor dialoga con su señora madre [REDACTED] [REDACTED] **al parecer hacen referencia a un alijo de estupefacientes que debería ser retirado.**
2. Fueron varias órdenes de captura las emitidas, igualmente los all[REDACTED]mientos, dentro de los cuales enfatizo: [REDACTED] [REDACTED] **no tenía orden a aprehensión alguna, la investigación no comprometía su responsabilidad como parte de la organización criminal.** Era, simplemente, la madre de una de las personas comprometidas con la empresa delictiva. En ese sentido tiene razón la recurrente cuando critica la motivación del juez en donde, sin fundamento, la considera parte de esta empresa ilícita. También la ponencia respalda esta posición, pero reitero, sin ningún fundamento probatorio.
3. El día del all[REDACTED]miento llegan al lugar, a las 5 am, no a las 6 am como lo dice el artículo 225 del C.P.P., menos se explicó o justificó la razón del porqué se desconoció ese horario, se identifican como miembros de la Policía, se demoran en abrir y luego cuando están utilizando la fuerza para romper la puerta y poder ingresar, la persona que residía en tal lugar, la señora [REDACTED] [REDACTED], que se encuentra sola, atiende la diligencia.
4. Lo ocurrido en esos instantes dista en mucho de lo consignado en la acusación, en la sentencia de primera instancia y en el proyecto presentado, se “sugiere” que fueron los agentes los que encontraron la bolsa y el dinero. Es una afirmación carente de sustento probatorio.

5. El líder de la investigación el agente [REDACTED] en la entrevista rendida habla de la interceptación, **afirma que la procesada le decía a su hijo que retirara la sustancia estupefaciente puesto que había visto muchos policías.** Dentro de la residencia y ante la inminencia de la presencia de los perros adiestrados, **es ella misma la que sacó el estupefaciente de la nevera y lo entregó a la Policía.**
6. El agente [REDACTED] afirma que las labores de investigación comprometían a [REDACTED] como uno de los integrantes de la organización criminal encargado de coordinar las plazas de vicio, habla de que la madre tenía conocimiento que allí se almacenaba estupefacientes, puesto que le solicita a su hijo en una llamada telefónica que **“retire esos elementos con el fin de que no resultara involucrada”.**
7. El agente [REDACTED], quién fue el funcionario que capturó a la procesada, habla de la dirección en donde se hizo el all[REDACTED]miento, dice que encontró el dinero y una cantidad considerable de papeletas al parecer estupefacientes, debajo de la nevera. “Cree” que la imputada se demoró en abrir para poder esconder el alucinógeno.
8. En el informe rendido por los agentes se habla de la interceptación, se dice que **“yo voy a entrar eso de aquí, pero mañ[REDACTED] me saca eso de aquí”**, que el dinero se encontró en un bolso de color rosado, afirma que [REDACTED] les manifestó que ella **“sí tiene unas bombas (bolsas) de su hijo las cuales había metido debajo de la nevera”.** Ella es la que indica el sitio, al parecer es la que entrega el alijo. Son 478 papeletas al parecer de bazuco, con un peso de 33.6 gramos.
9. La mencionada señora es capturada y puesta a disposición de la judicatura, le hacen cargos por los delitos de tráfico de estupefacientes, de manera genérica, artículo 376 inciso segundo del C.P. y destinación ilícita de inmuebles para la actividad anteriormente mencionada, artículo 377 del C.P. Ella no se all[REDACTED], el juez de control de garantías le impone una medida de aseguramiento no privativa de la libertad. Se presentó acusación, el cargo es por “conservación de estupefacientes con fines de venta” y la destinación ilícita de inmueble en razón a que almacenó el alcaloide en tal residencia. Existe un acuerdo entre Fiscalía y Defensa en donde se acepta la responsabilidad penal, se le reconocía para efectos punitivos el descuento por complicidad quedando la pena en 50 meses de prisión. Frente a los subrogados penales la Fiscalía reconoce que la procesada es una persona sola, con 68 años de

edad para ese entonces, con quinto de primaria, sin antecedentes penales. Respecto a los subrogados penales se acoge a lo que decida el Juzgado. Es del mismo criterio la agente del Ministerio Público. La defensa allega una certificación según la cual la procesada labora en la empresa SALUPLAST en la realización de servicios varios. Pide la prisión domiciliaria dadas las circunstancias especiales en que vive la mencionada señora.

10. El juzgado de conocimiento aprueba el acuerdo, considera que existen suficientes elementos de prueba, la responsabilidad subjetiva está fundada. Asegura que la procesada tenía orden de captura, era parte de las 22 personas en la misma situación, que es responsable **“primordialmente en el acto de confesión del punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y de destinación ilícita de muebles o inmuebles.”**

Frente al subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena concluye que no tiene derecho pues no se dan las condiciones exigidas en la norma, en cuanto a la solicitud de prisión domiciliaria, solicitada por la defensa, considera que al hacer la remisión de la norma a lo establecido en el numeral 2 del artículo 314 afirma que se **exige una valoración subjetiva** de cara a examinar la personalidad, naturaleza y modalidad del delito.

Habla del sacrificio de los bienes y valores por el dinero fácil, del daño que se genera a los consumidores de esos elementos, los bienes jurídicos que se vulneran con el mismo, reprocha quienes se dedican a la comercialización de los mismos, que la mencionada señora era parte de una red de narcotráfico y su función era conservar al menudeo los estupefacientes, que su condición de la tercera edad era una fachada para el efecto y engañar a las autoridades, que era conocedora que el estupefaciente incautado era destinado para la venta. Tal argumento es la base para negar la prisión domiciliaria.

11. Muy respetuosamente la valoración del juzgado no la puedo compartir, insisto, el juez penal debe realizar un control material del acuerdo, al menos en sus elementos mínimos esenciales, vale decir, por ejemplo, la prueba exigida para el efecto. Reprocho que se afirme que la prueba incriminatoria se fundamente en la CONFESIÓN efectuada, nada mas contrario a la garantía que ofrece el sistema acusatorio incluso

en los eventos de renuncia al derecho de no autoincriminación, si no hay prueba incriminatoria en los mínimos exigidos, no se puede aceptar un acuerdo de responsabilidad, esa “confesión” no convalida la ausencia de prueba. Es una diferencia esencial con los sistemas inquisitivos.

12. Otro elemento que no se puede compartir es que se afirme que se debe hacer una valoración “subjetiva” de la personalidad, naturaleza y modalidad del delito, es al contrario, tal valoración tiene que ser lo más objetiva posible, fundada en pruebas no en interpretaciones subjetivas del juez que impidan, por obvias razones, el ser controvertidas. No veo de donde sale que la mencionada señora sacrifique los valores por el dinero fácil, el dinero encontrado no se sabe si es producto de una actividad ilícita o lícita, no hay prueba que ella comercializara con estupefacientes, menos que fuese, reitero, parte de la organización criminal, al punto que contra ella no se hicieron seguimientos, menos se pidió una orden de captura. Reitero, el estupefaciente era del hijo no de ella.

13. La defensa como recurrente hace una fuerte crítica a la manera como el Juez valoró la prueba, niega que su defendida tuviese orden de captura, igual no es parte de la organización criminal, que se diga que su defendida sacrificó valores por el dinero fácil sin fundamento probatorio alguno, que se deba realizar una valoración subjetiva, enfatiza que ella es una empleada de una empresa, que desconoció principios fundamentales y constitucionales, recuerda que su defendida asistió a las diligencias judiciales cuando fue requerida, cumplió con la obligación impuesta con la medida de aseguramiento, no realizó ningún tipo de actividad delictiva ni contravencional, que debió hacerse el test de proporcionalidad y que se tiene que ■■■lizar el estado de cosas inconstitucional, que es una persona humilde, de pocos estudios, que trabaja para lograr su sustento a pesar de su avanzada edad, que esto desdice que buscara el dinero fácil, no hay elementos de convicción que indique alguna actividad de venta de estupefacientes, ni que recibiera algún dinero por tal actividad. Rechaza la afirmación que fuera parte de una red de narcotráfico.

14. La Fiscalía, como no recurrente, habla de la capacidad mental de la procesada, a pesar de la edad que tiene, afirma que el presunto arraigo de la procesada solamente le sirve para desplegar su actividad delincencial, recuerda que el acuerdo tiene por objeto únicamente la rebaja de pena, que no tiene derecho a los subrogados penales, que el

tráfico de los estupefacientes los desarrolla desde su misma residencia y lo podría realizar desde otras, concluye en la improcedencia de la prisión domiciliaria para la procesada.

15. Enfatizo algo que es de suma importancia y que es fundamental para el esclarecimiento de la conducta de la procesada: **dentro de la carpeta no aparece la mencionada interceptación, lo que dicen los policías es sencillamente referencial.** Me generan dudas enormes en su contenido. A pesar de ello, de lo dicho por ellos, aunque con variantes, se desprende como probable que el real responsable de la bolsa con estupefacientes es el hijo, no la madre.
16. Si bien de la prueba de referencia allegada de lo que hablaron hijo y madre, es muy posible que la imputada supiese de la existencia del alucinógeno en su residencia, puesto que la había dejado su hijo y a él le pertenecía, la pregunta consecuente es si con ese elemento probatorio, que es lo único que hay, ¿se puede estructurar un juicio de atribución jurídica, más concretamente de imputación objetiva y subjetiva en contra de esta persona?
17. Aunado a lo anterior es preciso tener en cuenta si es aplicable lo establecido en el artículo 33 de la Constitución Política de Colombia, vale recordar, el derecho a no declarar en contra de ascendientes y descendientes. Si para el caso concreto ¿es aplicable esa norma?
18. Para responder a esta pregunta fundamental se tiene que tener un cuidado sumo en orden a no interpretar nuestro sistema jurídico con culturas jurídicas o corrientes doctrinales ajenas al plexo de principios y valores imperantes en Colombia. En nuestro medio existen al menos dos corrientes de pensamiento que tienen cierta influencia dentro de la aplicación del sistema acusatorio patrio, una es la normatividad de norte américa, al fin y al cabo, buena parte de la legislación procesal penal nuestra, tiene como una de sus fuentes, esa cultura; pero no debe interpretarse nuestra legislación sin tener en cuenta nuestros principios y valores, más los contenidos en la misma Constitución Política. Otra de las corrientes que ha impactado nuestra cultura jurídico penal es la del funcionalismo extremo, la corriente de pensamiento del profesor GUNTER JACKOBS.
19. Frente a la primera corriente se tienen dos reparos estructurales, el primero en la dificultad que tienen de comprender conceptos como imputación jurídica o imputación objetiva y subjetiva, menos el dolo, la preterintención o la culpa. Estos desarrollos

dogmáticos se crearon, precisamente, para solucionar graves y aberrantes injusticias, como la que es materia de este caso. Otra situación relevante de aquella normatividad es su percepción de la familia, por su cultura calvinista es muy limitado este espectro, es un concepto nuclear de la misma, en ese sentido su margen de protección es muy limitado, casi que solo es protegible la esposa y en muy determinadas circunstancias.¹⁵ Si el caso que nos ocupa fuese en esa jurisdicción, sin duda que la procesada sería responsable, sin embargo, en nuestra cultura jurídica no. Allá se ven casos en los cuales el padre tiene que denunciar a su hijo pues de no hacerlo comete delito. Se entiende allá que todo ciudadano se debe al sistema, incluso por encima de su familia o del ser humano.

20. Frente al funcionalismo extremo en el cual se impone el restablecimiento de la vigencia misma de la norma infringida sobre todo lo demás, es obvio que el ser humano se constituye en un instrumento para realizarla, no se admiten excepciones, en ese modo de pensar se instrumentaliza al ser humano en orden a la preservación del sistema normativo. Nuestro sistema constitucional impone un modo de pensamiento contrario, las instituciones jurídicas están al servicio del ser humano. Si aplicamos a este caso esas doctrinas, la mencionada señora sería responsable penalmente, a pesar de la poca claridad del juicio de imputación jurídica.
21. Es parte de nuestro patrimonio jurídico penal el respeto de los elementos subjetivos de la conducta punible, a más de los juicios de atribución de responsabilidad, es bueno recordar que nuestro sistema tanto en la Constitución, como en la ley penal establecen el principio del derecho penal de acto, es repugnante todo sistema fundado en la simple responsabilidad objetiva. Imaginemos que la procesada no fuese pariente del señor [REDACTED] y supiera que éste guarda estupefacientes llega la policía y este indica que eso no es suyo sino de aquella persona, sería en nuestro medio un despropósito hacerle un juicio de responsabilidad penal a quien atiende la diligencia. Ello en nuestro medio, en el sistema norteamericano, respondería al menos por encubridor.
22. Ahora, en ese medio la madre también respondería penalmente, por no haber denunciado penalmente a su hijo, ello puesto que el privilegio no se aplica para ella. Situación diferente opera en nuestra nación puesto que el concepto de familia es más

¹⁵ Véanse las reglas 509 y 510 de las reglas de evidencia de Puerto Rico.

amplio, además de la cónyuge, están los ascendientes y descendientes, los vinculados por consanguinidad, afinidad y civil¹⁶. Es más, por vía jurisprudencial se reconoce otras modalidades de familia, enuncia las uniones matrimoniales o maritales de hecho, por adopción, crianza, las relaciones monoparentales, las homoparentales, la familia extensa, la ensamblada y la unipersonal.¹⁷ En todos estos casos existe el derecho a no declarar en contra de sus parientes dentro de los grados establecidos en la norma.

En otras palabras, es un contenido de familia extensa y ello es coherente con los mismos principios constitucionales, en especial de dignidad humana y de contar con la familia como el núcleo esencial de la sociedad -y del Estado-. Si las instituciones políticas y jurídicas están al servicio del ser humano, es obvio que también lo están de su familia, en este sentido -contrario a la cultura calvinista- se renuncia a ciertos intereses de esta para realizar este principio fundante. Esa suma de dignidades humanas vinculadas con lazos naturales o sociales considerados como familia, no pueden o deben ser desconocidas por el Estado a la hora de seguirse en contra de uno de sus miembros, un proceso penal. Se acepta como derecho el no declarar o denunciar a un pariente, el Estado deberá buscar otros mecanismos probatorios para demostrar la responsabilidad penal de infractor de la ley penal.

23. En el caso presente, surge una pregunta obvia: ¿Conforme a nuestras estructuras políticas y jurídicas, cual es la conducta debida de la procesada? Es claro que no estaba obligada a denunciar a su hijo o a declarar en contra de él, en las circunstancias concretas, hizo lo que cualquiera en nuestra patria haría, el mostrar el sitio donde estaba el alcaloide y expresar que era de su hijo. Es claro que ella no tenía el dominio del hecho, mejor, de la conducta ilícita, es el señor [REDACTED] quien es el dueño de esa acción y quién debería responder penalmente por ella.
24. Al no ser [REDACTED] dueña del alijo incautado, no existe o no debería existir en este caso responsabilidad penal en su contra. Por ello, al evidenciar con lo anteriormente dicho serios y estructurales problemas procesales y sustanciales, lo procedente es

¹⁶ **Artículo 33.** Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

¹⁷ Corte Constitucional sentencia C-134 de 2023, párrafos 802 a 817.

declarar la nulidad de lo actuado desde la formulación de acusación inclusive en orden a subsanar los yerros advertidos.

25. Es obvio que existe un ERROR ESENCIAL EN EL ACUERDO DE RESPONSABILIDAD, que no se sana por la aceptación que hiciera la procesada. La prueba que se allegó es insuficiente para estructurar un juicio de responsabilidad penal. Se equivocan tanto la Fiscalía como la Defensa, a la vez el mismo juez en considerar la responsabilidad de la procesada. La prueba mínima allegada no compromete la responsabilidad de dicha persona, en otras palabras, la exigencia probatoria del artículo 327 del C.P.P., no se colma para este caso.
26. Además, de lo que puedo desprender del estudio de este caso frente a la personalidad procesada, es que no era parte de la organización criminal que se estaba investigando, su hijo sí. Contra ella no obraba orden de captura, no existen elementos de que ella distribuyera o vendiera estupefacientes, en el momento presente tiene 72 años cumplidos. Es una persona muy humilde y vive en condiciones muy precarias, como se denota de las fotos allegadas, con una formación académica muy menor, quinto de primaria, no tiene antecedentes penales ni requerimientos de autoridades judiciales o de policía, vive sola, no tiene el apoyo de nadie, su hijo no es un respaldo, como se ve, es un grave problema, en mi criterio, es él el que instrumentalizó a la madre. Además, está vinculada laboralmente a una empresa en donde realiza servicios varios. No tengo elementos para inferir que es una avezada y recurrente delincuente, que sea “peligrosa” para la sociedad.

Proceso
Radicado

Ordinario
05001600000020220073301