

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE  
SANTA ROSA DE VITERBO

*Patrimonio Histórico y Cultural de la Nación*  
Ley 1128 de 2007

SALA ÚNICA

|                   |   |             |
|-------------------|---|-------------|
| CLASE DE PROCESO: | Penal – Ley 906 de 2004                               | (CON PRESO) |
| PROVIDENCIA:      | Resuelve Apelación de Sentencia<br>Confirma Sentencia |             |
| PROCESADO:        | ESNEIDER JAVIER GORDILLO BERNAL                       |             |
| PUNIBLE:          | Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes       |             |
| JUZGADO ORIGEN:   | Primero Penal Circuito de Duitama                     |             |
| RADICACIÓN:       | 15238-31-04-001-2014-00451-01                         |             |
| M. PONENTE:       | Dra. LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO.               |             |

**PENAL-TRAFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES- subrogados  
Penales-Prisión Domiciliaria-**

“Ahora bien, en punto de la prisión domiciliaria, debe referirse de manera inicial que ha sido definido por el Estatuto Represor Colombiano como un mecanismo a través del cual se varia el lugar de privación de la libertad de quien ha sido condenado por la comisión de una conducta penalmente castigable, de un establecimiento penitenciario al lugar de su domicilio

En la actualidad y a través de la Ley 1709 de 2014, se aumentó de cinco a ocho años el monto mínimo de la pena fijado en el tipo penal, lo que implica que personas condenadas por delitos que abarcan penas mayores, pueden hacerse acreedores al beneficio, de otro lado, elimina el estudio de aspectos personales del sentenciado, debiéndose demostrar tan solo el arraigo familiar y social, pero en todo caso, el artículo 32 de la referida normatividad limita la concesión para un grupo de punibles enlistados en el art. 68A C.P., también modificado.

Y es que vale la pena relieves que la condena impuesta fue la consecuencia de ingresar al Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Duitama llevando consigo estupefacientes en cantidad que superó lo permitido como dosis personal, situación que deriva en la prohibición del precepto antes en mención en lo relativo a la no concesión de subrogados al ser condenado por **“delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones,”**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE  
SANTA ROSA DE VITERBO

*Patrimonio Histórico y Cultural de la Nación*  
Ley 1128 de 2007

SALA ÚNICA

Septiembre, treinta (30) de dos mil quince (2015).

|                   |   |             |
|-------------------|---|-------------|
| CLASE DE PROCESO: | Penal – Ley 906 de 2004                               | (CON PRESO) |
| PROVIDENCIA:      | Resuelve Apelación de Sentencia<br>Confirma Sentencia |             |
| PROCESADO:        | ESNEIDER JAVIER GORDILLO BERNAL                       |             |
| PUNIBLE:          | Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes       |             |
| JUZGADO ORIGEN:   | Primero Penal Circuito de Duitama                     |             |
| RADICACIÓN:       | 15238-31-04-001-2014-00451-01                         |             |
| M. PONENTE:       | Dra. LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO.               |             |

Se ocupa la Sala de resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa del sentenciado ESNEIDER JAVIER GORDILLO BERNAL, contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Duitama del 13 de abril de 2015.

1.- ANTECEDENTES:

1.1.- HECHOS:

La relación fáctica génesis de la presente actuación fue narrada en el fallo de primera instancia, de la siguiente manera:

*“El cuatro (4) de octubre de 2014, a las once y cincuenta de la mañana (11:50 a.m), cuando ingresaban visitas a la Cárcel del Circuito de Duitama, en el sector de*

*requisas el canino FERGY dio señal activa de estupefacientes frente al señor ESNEIDER JAVIER GORDILLO BERNAL, cuando intentaba visitar al interno JHNON ALEXANDER SALAZAR, motivo por el cual empiezan a hacer el procedimiento del caso y cuando este tenía que pasar a rayos X, aprovecho para sacar de su ropa interior un paquete arrojándolo al tejado del casino, siendo observado por funcionarios del INPEC, quienes incautaron el elemento arrojado allí, el cual contenía una sustancia pulverulenta, que al realizar la prueba del P.I.P.H., generó positivo preliminar para cocaína y sus derivados con un peso neto de 17.40 gramos, siendo incautada la sustancia y el involucrado capturado en situación de flagrancia. ” (Sic a todo)*

## 1.2.- ACTUACIÓN PROCESAL:

1.2.1.- En diligencia llevada a cabo el 5 de octubre de 2014, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Paipa llevó a cabo audiencia de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, disponiéndose la detención preventiva en centro carcelario del señor ESNEIDER JAVIER GORDILLO BERNAL como consecuencia de la comisión de la conducta punible de fabricación, tráfico o porte de estupefacientes agravado, cargos que fueron aceptados por el referido procesado en el desarrollo de la audiencia.

1.2.2.- Posteriormente, en diligencia llevada a cabo el 16 de febrero de 2015, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Duitama realizó audiencia de verificación de aceptación de cargos y culminó en el sentido de anunciar que el fallo para el presente asunto y como consecuencia de la aceptación realizada por el procesado sería condenatorio.

## 2.- EL FALLO IMPUGNADO:

2.1.- Mediante sentencia del 13 de abril de 2015, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Duitama resolvió:

*“PRIMERO: CONDENAR A ESNEIDER JAVIER GORDILLO BERNAL, de condiciones civiles y personales conocidas en la actuación, como autor responsable del delito de TRÁFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPERFACIENTES, a las penas principales de NOVENTA Y CUATRO PUNTO CINCO (94.5) MESES DE PRISIÓN y MULTA DE TRES PUNTO CINCO*

*(3,5) SALARIOS, MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

*SEGUNDO: CONDENAR al procesado a la pena accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por el mismo lapso de la pena de prisión.*

*TERCERO: DECLARAR que el sentenciado, no tiene derecho a que se le conceda el subrogado penal de la Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, como tampoco la sustitución de la prisión por prisión domiciliaria de conformidad con lo dicho en el acápite correspondiente de la providencia.*

*CUARTO: Por secretaria líbrense los oficios y comunicaciones necesarios para el cumplimiento y publicidad de esta sentencia.*

*QUINTO: Una vez ejecutoriada la providencia envíese la actuación al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Santa Rosa de Viterbo Reparto, para que allí se ejecute la sanción impuesta al condenado*

*Esta decisión se notifica por ESTRADOS y contra la misma procede el recurso de apelación el cual debe interponerse dentro del curso de esta audiencia.”*

2.2.- Las anteriores determinaciones fueron fundamentadas en los argumentos que a continuación se sintetizan:

- En primer término, refirió el *A quo* que al interior del presente asunto y encontrándose en audiencia de imputación, medida de aseguramiento y legalización de captura, el señor ESNEIDER JAVIER GORDILLO BERNAL exteriorizó su voluntad de aceptar los cargos de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado, previsto en el artículo 376 de la Ley 599 de 2000, concretándose en el verbo rector de llevar consigo, conducta que fue consumada por el procesado al ser sorprendido al ingresar a la Cárcel de Duitama llevando consigo un paquete que contenía una sustancia estupefaciente que arrojó un resultado preliminar de positivo para cocaína, con un peso de 17.40 gramos, el cual excede la cantidad prevista para dosis personal, conducta que a juicio del fallador de primer grado fue desarrollada con culpabilidad en la modalidad de dolo, pues conocía el hoy procesado de las implicaciones de tal actuar.

- En igual forma, el fallador de instancia dispuso imponer a ESNEIDER JAVIER GORDILLO BERNAL una pena de 94.5 meses de prisión y multa en cuantía de 3.5 S.M.L.M.V., y, en lo tocante a subrogados penales, estimó que no era procedente su concesión, pues de cara a la suspensión condicional de la ejecución de la pena no se

cumplía con el requisito objetivo relativo a que la pena impuesta fuera menor a 4 años de prisión, lo cual acontece también respecto de la prisión domiciliaria, la cual exige que la sanción penal no sea superior a 8 años, requisito que tampoco se cumple, situación que se aúna al hecho de que la conducta punible de fabricación, tráfico o porte de estupefacientes se encuentra excluida de concesión de subrogados penales por el inciso 2º del artículo 68ª de la Ley 1709 de 2014.

### 3.- RECURSOS DE APELACIÓN:

3.1.- inconforme con la anterior determinación, el apoderado judicial del procesado interpuso recurso de apelación, el cual sustentó así:

- Refiere el censor que el recurso de apelación únicamente versa sobre la concesión de la prisión domiciliaria contemplada en el artículo 38 del Código Penal, figura jurídica que conlleva el cumplimiento de dos requisitos, siendo el primero de ellos referente a que la pena no exceda de ocho años de prisión, lo cual se cumple en el presente asunto, por cuanto la misma no supera los 96 meses de privación de libertad, además, en lo que tiene que ver con la verificación de los factores subjetivos se denota que el señor ESNEIDER JAVIER GORDILLO no requiere de tratamiento penitenciario.
- El aspecto subjetivo se verifica en el sentido de que el señor GORDILLO BERNAL es una persona de tan solo 19 años de edad, con arraigo en la calle 11 No. 14 – 66 de Sogamoso, en donde convive con su señora madre, además que ostenta la condición de homosexual lo cual le ha conllevado inconvenientes y múltiples problemas a nivel personal al interior de un Establecimiento Penitenciario destinado para hombres únicamente, situaciones que conllevan a que se conceda la prisión domiciliaria reclamada en tanto que en casos en que se ha juzgado por conductas más graves se ha concedido dicho subrogado por la Corte Constitucional y el Tribunal de Santa Rosa de Viterbo.
- En lo que tiene que ver con la prohibición de que trata el artículo 68 del Código Penal, señala el opugnante que la misma hace referencia pero solo para medidas de aseguramiento y no para sentencias condenatorias, situación que impone que no existe prohibición legal para la concesión de la prisión domiciliaria

y atendiendo a que dicho subrogado se ha concedido para delitos más graves, no existe talanquera que lo limite.

#### 4.- CONSIDERACIONES

##### 4.1.- COMPETENCIA

Esta Sala es competente para dirimir la inconformidad promovida por la defensa del procesado, según lo establecido en el numeral 1° del artículo 34 de la ley 906 de 2004, teniendo en cuenta que esta Corporación es el superior funcional del Despacho que profirió la decisión de alzada.

##### 4.2.- PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con los argumentos esgrimidos a través de los recursos de apelación propuestos por la defensa, procede a resolver esta Sala de Decisión si en efecto el sentenciado ESNEIDER JAVIER GORDILLO BERNAL cumple con los requisitos necesarios para el otorgamiento del subrogado penal de la prisión domiciliaria

##### 4.3.- ANALISIS JURÍDICO DEL CASO EN CONCRETO:

Como primera medida, es del caso referir que los subrogados penales han sido estatuidas como medidas sustitutivas de la pena de prisión y arresto, las que se conceden a los individuos que han sido condenados a sanciones restrictivas de la libertad siempre y cuando cumplan con los requisitos estatuidos por el Legislador para tal efecto, aunado a lo anterior, no es factible pasar por alto que tales figuras jurídicas son consideradas también como alternativas efectivas de cumplimiento de la pena privativa de la libertad.

Ahora bien, en punto de la prisión domiciliaria como presupuesto jurídico a abordarse por esta Corporación, debe referirse de manera inicial que ha sido definido por el Estatuto Represor Colombiano como un mecanismo a través del cual se varia el lugar de

privación de la libertad de quien ha sido condenado por la comisión de una conducta penalmente castigable, de un establecimiento penitenciario al lugar de su domicilio.

Si bien mediante la prisión domiciliaria no se otorga de manera completa el derecho a la locomoción, si se amplía el grado de restricción con relación a los establecimientos penitenciarios y carcelarios, siendo considerado como un mecanismo de cumplir con una pena privativa de la libertad de manera extra mural.

Desde esta óptica, debe memorarse que la prisión domiciliaria fue estatuida por el artículo 38 de la Ley 599 de 2000, imponiéndose de manera inicial que para su concesión debía cumplirse con un requisito objetivo, el cual hacía alusión a que la pena señalada en la Ley no debía exceder de los cinco años, además de este, debía cumplirse con un requisito subjetivo atinente al desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado que permita deducir que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá la pena.

Para su concesión, con la Ley 1142 de 2007, se previó una restricción limitando dicho beneficio para las personas que hayan sido condenadas dentro de los cinco años anteriores por delitos dolosos o preterintencionales, o cuando haya sido condenado por determinados delitos.

En la actualidad y a través de la Ley 1709 de 2014, se aumentó de cinco a ocho años el monto mínimo de la pena fijado en el tipo penal, lo que implica que personas condenadas por delitos que abarcan penas mayores, pueden hacerse acreedores al beneficio, de otro lado, elimina el estudio de aspectos personales del sentenciado, debiéndose demostrar tan solo el arraigo familiar y social, pero en todo caso, el artículo 32 de la referida normatividad limita la concesión para un grupo de punibles enlistados en el art. 68A C.P., también modificado, el cual a la letra señala:

*“ARTÍCULO 32. Modifícase el artículo 68A de la Ley 599 de 2000 el cual quedará así:*

*Artículo 68A. **Exclusión de los beneficios y subrogados penales.** No se concederán; la suspensión condicional de la ejecución de la pena; la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley,*



*siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores.*

***Tampoco quienes hayan sido condenados por delitos dolosos contra la Administración Pública; delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario; delitos contra la libertad, integridad y formación sexual; estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado; captación masiva y habitual de dineros; utilización indebida de información privilegiada; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; soborno transnacional; violencia intrafamiliar; hurto calificado; extorsión, lesiones personales con deformidad causadas con elemento corrosivo; violación ilícita de comunicaciones; violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial; trata de personas; apología al genocidio; lesiones personales por pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro; desplazamiento forzado; tráfico de migrantes; testaferrato; enriquecimiento ilícito de particulares; apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan; receptación; instigación a delinquir; empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos; fabricación, importación, tráfico, posesión o uso de armas químicas, biológicas y nucleares; delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones; espionaje; rebelión; y desplazamiento forzado; usurpación de inmuebles, falsificación de moneda nacional o extranjera; exportación o importación ficticia; evasión fiscal; negativa de reintegro; contrabando agravado; contrabando de hidrocarburos y sus derivados; ayuda e instigación al empleo, producción y transferencia de minas antipersonal.***

*Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará respecto de la sustitución de la detención preventiva y de la sustitución de la ejecución de la pena en los eventos contemplados en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004.*

*PARÁGRAFO 1o. Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará a la libertad condicional contemplada en el artículo 64 de este Código, ni tampoco para lo dispuesto en el artículo 38G del presente Código.*

*PARÁGRAFO 2o. Lo dispuesto en el primer inciso del presente artículo no se aplicará respecto de la suspensión de la ejecución de la pena, cuando los antecedentes personales, sociales y familiares sean indicativos de que no existe la posibilidad de la ejecución de la pena.” (Subrayas y negrillas del Tribunal)*

Puestas así las cosas y pese a que por el fallador de instancia se procedió al análisis de los requisitos estatuidos por el artículo 38B de la Ley 599 de 2000, para el análisis de la concesión de la prisión domiciliaria del señor ESNEIDER JAVIER GORDILLO, es decir, lo relativo a que la pena no fuera superior a 8 años y si se encontraba demostrado el arraigo familiar y social del condenado, se avista de entrada lo innecesario de tal asunto, pues a las claras emerge la conclusión según la cual la conducta desplegada por el condenado se encuentra proscrita de subrogados penales, según lo dispuesto por el artículo 68A de la Ley 599 de 2000, pues dicho precepto se refiere a que no se

concederá la prisión domiciliaria para quienes hayan incurrido en la comisión de conductas dolosas en lo relativo al tráfico de estupefacientes.

Y es que vale la pena relieves que la condena impuesta al señor ESNEIDER JAVIER GORDILLO fue la consecuencia de ingresar al Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Duitama llevando consigo estupefacientes en cantidad que superó lo permitido como dosis personal, situación que deriva en la prohibición del precepto antes en mención en lo relativo a la no concesión de subrogados al ser condenado por **“delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones,”**

Ahora bien, no resulta de recibo el argumento de la defensa recurrente en el sentido de que la referida prohibición solo aplica para medidas de aseguramiento, pues el referido artículo 68A de la Ley 599 de 2000, es claro en señalar que la misma aplica para quienes sean CONDENADOS por los delitos que allí se enlistan, situación que implica la confirmación de la sentencia apelada, pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

#### 5.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto La Sala Primera de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

#### RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO DE DUITAMA el 13 de abril de 2015, pero por las razones anotadas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Devolver el expediente al Despacho de origen con el fin de proseguir con el trámite correspondiente.

TERCERO: Contra este fallo procede el recurso extraordinario de casación que podrá interponerse dentro de los cinco días siguientes a su notificación.

Rad. No. 15238-31-04-001-2014-00451-01

Las partes quedan notificadas en estrados.

LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO  
Magistrada Ponente

JORGE ENRIQUE GÓMEZ ANGEL  
Magistrado.

GLORIA INES LINARES VILLALBA  
Magistrada