El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**SENTENCIA / RECURSO DE APELACION / SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA Y PRISIÓN DOMICILIARIA / HECHO SUPERADO / SE INHIBE**

*… luego de la interposición del recurso de alzada, tuvo lugar una nueva realidad procesal, según la cual en las calendas del 26 de febrero de 2.024 el Juzgado de primer nivel profirió una decisión en virtud de la cual se declaró el fenómeno de la pena cumplida, por cuanto la Sra. VQG, por el tiempo que había permanecido en detención domiciliaria dizque había cumplido la pena principal que le fue impuesta en la sentencia de fecha 21 de enero de 2.022.*

*De igual manera, se tiene que en esa decisión, se dispuso de manera inmediata la libertad de la acriminada.*

*Es de anotar que como consecuencia de esa nueva realidad procesal, es obvio que la misma se constituye en una especie de talanquera que incide para que la Sala deba de abstenerse de resolver el recurso de apelación, dado que en lo que atañe con la alzada se presentó el fenómeno del hecho superado — por carencia de objeto o por sustracción de materia — el cual «se configura cuando se “repara la amenaza o vulneración del derecho cuya protección se ha solicitado” o cuando “cesa la violación del derecho fundamental o el hecho que amenazaba vulnerarlo…»[[1]](#footnote-1).*

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL # 4**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**SENTENCIA DE 2ª INSTANCIA**

Pereira, siete (7) de abril de dos mil veinticinco (2.025)

Hora: 9:20 a.m.

Aprobado Acta No. 369

Procesada: VQG

Radicado: 66001 60 00 000 2021 00148 01

Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

Procede: Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Pereira

Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la defensa contra sentencia condenatoria

Tema: No concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria. Ocurrencia del fenómeno de la carencia de objeto del recurso de apelación.

Decisión: Se inhibe de desatar la alzada.

**ASUNTO A DECIDIR:**

Procede la Sala de Decisión Penal # 4 a desatar la apelación interpuesta por el Defensor en contra de la sentencia proferida el 21 de enero de 2.022 por parte del Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Pereira, por medio de la cual se declaró la responsabilidad penal de la procesada VQG por incurrir en la comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

**ANTECEDENTES:**

Los hechos que concitan la atención de la Colegiatura, tuvieron ocurrencia en las calendas del 29 de marzo de 2.021 en el interior de un inmueble ubicado en el barrio *Bavaria* — carrera 4 No. 10- 79 — de esta localidad, habitado por la Sra. VQG; y están relacionados con una diligencia de allanamiento y registro practicada por las autoridades en el predio de marras, dado que se tenía información que el mismo era utilizado para el expendio de estupefacientes.

Como consecuencia de la diligencia de allanamiento y registro, se encontró un alijo de una sustancia estupefaciente, la cual al ser sometida a la prueba de identificación preliminar homologada — P.I.P.H. — resultó ser positiva para difenhidramina y ketamina — con un peso neto de 15.9 gramos — y cannabis — con un peso neto de 17.3 gramos —.

**SINOPSIS DE LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. El 30 de marzo de 2.021, se llevaron a cabo las audiencias preliminares respectivas ante el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de esta ciudad, en las que: **a)** se le impartió legalidad a la orden y diligencia de allanamiento y registro efectuada en el inmueble ubicado en la carrera 4 No. 10- 79 segundo piso del barrio Bavaria de la ciudad de Pereira. **b)** Se declaró legal la captura de VQG porque la misma ocurrió en situación de flagrancia; **c)** A la entonces indiciada se le formularon cargos como coautora, a título de dolo, de la conducta punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes contemplada en el inciso 2° del artículo 365 del C.P, verbo rector **“conservar”**; **d)** Esos cargos fueron aceptados por la procesada, toda vez que dicha imputación fue preacordada por cuanto las partes estipularon degradar su participación de coautora a cómplice,para así obtenerreconocimiento de un descuento punitivo equivalente al 50% de la pena estipulada; únicamente para efectos punitivos; **e)** a la procesada VQG se le definió la situación jurídica con la medida de aseguramiento de detención domiciliaria.
2. El 27 de julio de 2.021, la Fiscalía presentó, para ser repartido entre los Juzgados Penales del Circuito de la ciudad de Pereira, la aceptación de cargos efectuada por la ciudadana VQG**,** correspondiéndole el conocimiento al Juzgado Séptimo Penal del Circuito ante el cual, enlas calendas del 21 de septiembre de 2.021,se llevó a cabo audiencia de verificación del preacuerdo, vista pública en la que: **a)** Se interrogó a la procesada sobre sus condiciones físicas y psíquicas y si comprendía lo pactado con la Fiscalía y las consecuencias de ello, a lo que respondió afirmativamente y ratificó su voluntad de querer allanarse a los cargos bajo los parámetros de dicha negociación. Por lo anterior, no se avizoró vicio alguno en su voluntad. **b)** Se analizó la procedibilidad de dicho preacuerdo dadas las prohibiciones insertas en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal. **c)** Se hizo un análisis sobre la legalidad del preacuerdo puesto de presente, haciendo un breve estudio sobre las distintas posiciones jurídicas respecto a la posibilidad o no de pactar la marginalidad en razón de un preacuerdo, explicando con ello porqué se consideraba que era posible. **d)** Se confirmó que dentro del preacuerdo solo se estuviera concediendo un beneficio. **e)** Se verificó la legalidad de la pena pactada, en este caso el Despacho aclaró que avalaba la misma. **f)** Finalmente se analizaron elementos materiales probatorios aportados por la Fiscalía en respaldo de la negociación, pudiéndose verificar la existencia del delito y probable autoría de la acusada.
3. Después de impartirle aprobación al preacuerdo, el Juzgado de primer nivel, mediante providencia adiada el 21 de enero de 2.022, procedió a proferir la correspondiente sentencia mediante la cual la ciudadana VQG fue declarada penalmente responsable por incurrir en la comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.
4. Ante tal determinación, se alzó la defensa de la ciudadana VQG, quien de manera escrita — y en el término de ley — allegó sus argumentos; posteriormente, la Fiscalía, como sujeto procesal no recurrente presentó sus argumentos.

**El FALLO OPUGNADO:**

Se trata de la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de esta localidad el 21 de enero de 2.022 mediante la cual se declaró a la procesada VQG como responsable del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, condenándola a la pena principal de 32 meses de prisión, negándole además el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

Como se trató de un asunto en el que hubo aceptación de cargos por parte de la encartada desde la audiencia de formulación de imputación, y no se realizó ningún juicio oral, no existió un análisis profundo de la prueba para determinar que ella era responsable de la conducta punible que se le endilgaba; pues bastó con la existencia de una prueba mínima evidenciada de los elementos materiales probatorios aportados por la FGN, en donde se aprecia **(i)** el acta de allanamiento y registro FPJ-33 con fecha de 29-03- 2021 suscrita por los agentes JOHN WALTER MONCADA ARIAS y ANDRÉS ZAPATA OCAMPO, en donde de manera precisa se narra la captura en flagrancia de VQG **(ii)** el acta de incautación de elementos y registro fotográfico del lugar del hallazgo FPJ-11 suscrito por el agente JOHN WALTER MONCADA ARIAS **(iii)** informe de PIPH del 03-30-2021 suscrito por la funcionaria del CTI GLORIA ANGÉLICA RÍOS RODRÍGUEZ, el cual estableció los tipos de sustancia y pesos de las mismas.

Consideró el Juzgado *A quo* que si bien la Defensa en audiencia de IPS, intentó justificar la procedencia de una detención domiciliaria o suspensión de la pena poniendo en duda la tipicidad subjetiva de la conducta, también lo es que junto con la procesada se encontraron: dos grameras, dos licuadoras, cuatro paquetes de bolsas plásticas de cierre hermético y los 17 frascos de fructosas; objetos necesarios para la elaboración y comercialización de estupefacientes, de donde se descarta que el estupefaciente incautado fuera exclusivamente para el consumo propio, pues se infiere que lo conservaba con un fin distinto.

Por lo anterior, frente a los subrogados penales, el fallador de primer nivel determinó que el artículo 68A del C.P. prohíbe la suspensión de la pena y prisión domiciliaria en delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, y si bien el parágrafo segundo de dicho articulado contiene una excepción en su aplicación, esto tan solo es respecto del primer inciso, es decir, haciendo referencia a la existencia de antecedentes penales dentro de los cinco años anteriores y no de las prohibiciones según el tipo de delito por el que se condena. En conclusión, contrario a lo argumentado por el señor Defensor, es irrelevante si la pena impuesta es inferior o no a cuatro años de prisión, pues el delito por el que se condena contiene prohibición legal para conceder la suspensión de la pena acorde con el artículo 68A del C.P. Mismo argumento esgrimió a fin de señalar que tampoco es posible de forma objetiva conceder el atenuante intramural de la prisión domiciliaria en razón de la naturaleza del delito.

**LA ALZADA:**

La Defensa de la Sra. VQG, en su calidad de recurrente, presentó escrito por medio del cual reprochó la sentencia de primera instancia proferida en disfavor de su representada, al considerar que el Juzgado de primer nivel no fue garante del debido proceso, y asumió posturas que solo competían a la Fiscalía, lo que conllevó a la no aplicación de las disposiciones penales que podían favorecer a la condenada como la suspensión de la ejecución de la pena, la prisión domiciliaria y la no imposición al pago de multas, entre otros beneficios que le fueron negados.

Consideró el quejoso, que el Juez fallador debió atenerse al preacuerdo celebrado con la Fiscalía, en el cual el señor Fiscal de forma muy clara pactó que a la señora VQG, se le iba a condenar a una pena de 32 meses de prisión, y que se le concedía la prisión domiciliaria, y no se solicitaba la intramural; aunado a ello, señaló que en el presente asunto no se estableció que la sustancia encontrada en poder de su prohijada tuviese fines de distribución, ya que solo se le imputó el verbo rector “conservar”, sin embargo, por parte del funcionario, se procedió a cambiar la prisión domiciliaria por una intramural, exigiendo que fuera inmediato su cambio, a sabiendas del posible recurso de apelación que efectivamente se interpondría de su parte; comportamiento que lo conllevó a olvidarse del análisis necesario de la función de la pena y de las medidas de seguridad, y la necesidad de imponerlas o no.

Resaltó que de haber actuado el Juzgado *A quo* en forma objetiva, hubiese aplicado los postulados de la buena fe en el preacuerdo, únicamente imponiendo la condena de 32 meses de prisión pedida por el fiscal, sin lugar a condenar por multas y concediendo la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena (artículo 63 de la Ley 599 del 2.000) a favor de la condenada, quien no tiene antecedentes penales y no cuenta con medios patrimoniales, cumpliéndose además el requisito objetivo de ser inferior a 04 años la pena o condena impuesta, o en su defecto, debió permitir que continuara en prisión domiciliaria como lo venía haciendo desde las audiencias preliminares.

Agregó el recurrente que con este recurso de apelación, allegaría diferentes anexos que demuestran que su prohijada es una persona de bien, con arraigo, que no tiene antecedentes penales, quien incluso estando en cumplimiento de la medida de prisión domiciliaria, cumple una labor social y moral, ya que es la persona que cuida de su abuela paterna de nombre MARIA MARLENI TABARES RIVERA, una mujer de 76 años con problemas de alzheimer que no puede valerse por sí misma y en el evento extremo de enviar a prisión o reclusión intramural a la procesada, no solo se pierde el fin de la pena, sino que además se saturan las cárceles por este tipo de delitos de poca monta.

Por todo lo anterior, solicitó el apelante que se revoque la sentencia de primer nivel para que en su lugar, se dicte otra que conserve y respete el preacuerdo celebrado con la Fiscalía, permitiendo que su representada continúe en prisión domiciliaria ya que no existe ninguna razón legal, moral о constitucional, que impida que se siga cumpliendo con la misma, o en su defecto, solicita se de aplicación a la suspensión de la ejecución de la pena a que tiene derecho su representada de acuerdo a lo reglado en el artículo 63 del C.P.

**LA REPLICA:**

El delegado del ente persecutor como sujeto procesal no recurrente, señaló que no le asiste razón al señor defensor, ya que en el presente asunto si bien por parte del Juez Séptimo Penal con función de conocimiento se avaló lo acordado al momento de formularse la imputación, también lo es, que por expresa prohibición legal, contenida en el artículo 68 A del C.P., no era viable otorgar algún tipo de subrogado, por tal motivo solicitó se confirme la decisión de primera instancia.

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**- Competencia:**

Esta Sala de Decisión, acorde con lo consagrado en el numeral 1º del artículo 34 del C.P.P. es la competente para resolver la presente alzada, en atención a que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de una sentencia de 1ª instancia proferida por un Juzgado Penal del Circuito que integra este Distrito Judicial.

De igual forma no se avizora mácula que de alguna u otra forma haya generado una irregularidad sustancial, que incida en la nulidad de la actuación procesal.

**- Problemas Jurídicos:**

Acorde con todo lo dicho, considera la Sala que en el presente asunto estaríamos en presencia de los siguientes problemas jurídicos:

1. ¿Teniendo en cuenta el monto de la pena de prisión impuesta a la Sra. VQG en la sentencia condenatoria — 32 meses de prisión — ello implicaba que la susodicha procesada debía hacerse acreedora del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, o en su defecto el de la subrogación de la pena de prisión intramural por prisión domiciliaria?
2. ¿Se está en presencia de una de las hipótesis de la carencia de objeto de la alzada, como consecuencia de que a la procesada VQG se le reconoció la libertad por haber tenido ocurrencia el fenómeno de la pena cumplida?

**- Solución:**

Al efectuar una análisis de la tesis de la discrepancia propuesta por el recurrente, se tiene que la misma está relacionada con la no concesión en favor de la procesada del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, o en su defecto el de la subrogación de la pena de prisión intramural por prisión domiciliaria, dado que el monto de la pena de prisión que le fue impuesta como consecuencia de la declaratoria de su compromiso penal, correspondió a treinta y dos (32) meses.

Frente a lo anterior, la Sala desde ya anunciará que no le asiste la razón a los reproches formulados por el apelante, y por ende el Juzgado de primer nivel estuvo atinado cuando en el fallo confutado se abstuvo de reconocer en favor de la procesada el disfrute de subrogados y de substitutos penales.

Para demostrar lo antes expuesto, es menester que se tenga en cuenta que para la procedencia del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, se requiere del cumplimiento de los siguientes requisitos:

* Uno objetivo, el cual consistente que la pena impuesta sea la de prisión, y que esta no exceda de los cuatro años.
* Uno de naturaleza subjetiva, que tiene lugar en aquellos eventos en los cuales el penado tenga antecedentes penales vigentes por delitos dolosos dentro de los cinco (5) años anteriores a la ocurrencia de los hechos; y en consecuencia al Juzgado de instancia le tocará hacer un análisis de las circunstancias familiares, personales y sociales del condenado, a fin de determinar si se torna necesaria la ejecución de la pena.
* Que el delito por el cual se declaró la responsabilidad criminal del procesado, no se encuentre dentro del listado de reatos consagrado en el artículo 68A del C.P. para los cuales está prohibida la concesión de subrogados penales y de penas sustitutivas.

Al aplicar lo anterior al caso en estudio, vemos que pese a que la pena impuesta a la procesada VQG resultó ser inferior a la de cuatro años de prisión, de igual manera no se puede desconocer que el delito por el cual ella fue declarada penalmente responsable, es el reato de tráfico de estupefacientes, punible que se encuentra dentro del listado de delitos consagrados en el artículo 68A del C.P. para los cuales se encuentra prohibido la concesión de subrogados penales y de penas sustitutivas.

Situación similar acontecería con los reclamos del apelante para que en favor de la procesada de marras se reconozca la pena de prisión domiciliaria, porque pese a que, tal vez, dizque se cumpla con el requisito objetivo del que hace mención el # 1º del artículo 38I del C.P.[[2]](#footnote-2), de igual manera se tiene que el delito de tráfico de estupefacientes hace parte del listado de reatos consagrados en el aludido artículo 68A del C.P. para los cuales está prohibida la concesión de la pena de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la pena de prisión intramural.

Siendo así las cosas, para la Sala no existe duda que el Juzgado de primer nivel procedió de manera atinada cuando denegó en favor de la procesada VQG el disfrute de subrogados y de sustitutos penales, lo cual desencadenaría en que el fallo opugnado deba ser confirmado.

No obstante lo anterior, la Corporación advierte que luego de la interposición del recurso de alzada, tuvo lugar una nueva realidad procesal, según la cual en las calendas del 26 de febrero de 2.024 el Juzgado de primer nivel profirió una decisión en virtud de la cual se declaró el fenómeno de la pena cumplida, por cuanto la Sra. VQG, por el tiempo que había permanecido en detención domiciliaria dizque había cumplido la pena principal que le fue impuesta en la sentencia de fecha 21 de enero de 2.022.

De igual manera, se tiene que en esa decisión, se dispuso de manera inmediata la libertad de la acriminada.

Es de anotar que como consecuencia de esa nueva realidad procesal, es obvio que la misma se constituye en una especie de talanquera que incide para que la Sala deba de abstenerse de resolver el recurso de apelación, dado que en lo que atañe con la alzada se presentó el fenómeno del hecho superado — por carencia de objeto o por sustracción de materia — el cual *«se configura cuando se “repara la amenaza o vulneración del derecho cuya protección se ha solicitado” o cuando “cesa la violación del derecho fundamental o el hecho que amenazaba vulnerarlo…»*[[3]](#footnote-3).

Acorde con lo anterior, para la Sala no existe duda alguna que en el presente asunto tuvo ocurrencia el fenómeno del hecho superado, porque si las pretensiones del apelante radicaban en que a la procesada se le reconociera el disfrute de subrogados o de sustitutos penales, vemos que todo ello, y muchísimo más, lo obtuvo la acriminada como consecuencia de la decisión mediante la cual se ordenó su inmediata libertad por estar en presencia del fenómeno de la pena cumplida.

Lo antes expuesto nos quiere decir que, al estar en presencia de una de las hipótesis de carencia de objeto por sustracción de materia, dado que la procesada se encuentra en la actualidad en libertad, no existiría razón o fundamento alguno para que la Sala se pronuncie de fondo frente a las pretensiones del apelante, las cuales, se reitera, a la hora de ahora, se encuentran más que satisfechas.

Siendo así las cosas, pese a que no le asiste la razón a los reproches formulados por el apelante en contra del fallo confutado, de todas formas la Sala se inhibirá de desatar el recurso de apelación interpuesto por el Defensor de la procesada VQG en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito en las calendas del 21 de enero de 2.022.

En mérito de todo lo antes expuesto, la Sala Penal de Decisión # 4 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Administrando Justicia en nombre de la Republica y por Autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: INHIBIRSE** la Sala de desatar el recurso de apelación interpuesto por el abogado defensor de la señora **VQG** en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito el 21 de enero de 2.022, mediante la cual se declaró su responsabilidad penal por incurrir en la comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

**SEGUNDO: DECLARAR** que en contra de la presente providencia procede el recurso de reposición, el cual deberá ser interpuesto y sustentado dentro de las oportunidades de ley.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**Magistrado**

**CON FIRMA ELECTRÓNICA**

**JAIRO MAURICIO CARVAJAL BELTRÁN**

**Magistrado**

**CON FIRMA ELECTRÓNICA**

**CARLOS ALBERTO PAZ ZÚÑIGA**

**Magistrado**

**CON FIRMA ELECTRÓNICA**

1. Corte Constitucional: Sentencia # T-268 de 2.020. [↑](#footnote-ref-1)
2. El cual no se cumple, dado que la procesado fue declarada penalmente responsable como autora del delito de tráfico de estupefacientes, y que solo para efectos punitivos, como consecuencia de lo preacordado, se le reconoció un descuento punitivo del 50% de la pena a imponer, por haber sido considerada como *cómplice de sí misma*. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Constitucional: Sentencia # T-268 de 2.020. [↑](#footnote-ref-3)