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 Secretaría de la respectiva sala.

Providencia: Auto – Analiza decisión de no decretar nulidad - 23 de noviembre de 2016

Radicación Nro. : 66001 60 00 000 2015 00156 01

Acusado: Dubalier Urrego Pérez y otros

Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes

Magistrado Ponente: JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

**Tema: AUTO QUE NO DECLARA LA NULIDAD DEPRECADA Y ENVÍA EL EXPEDIENTE A OTRO DESPACHO / APELACIÓN / SE REVOCA / DEBE SEGUIR CONOCIENDO / “**Como se observa, en el caso de estos tres ciudadanos, al sustentar el preacuerdo el fiscal se refirió a su pertenencia a esa organización criminal y las actividades que desarrollaban dentro de ese grupo delictivo, de lo cual se desprende que esos actos estaban relacionados con la imputación que se les hizo en la audiencia preliminar, por violación de los artículos 340-2 y 376-2 del C.P, sin incluir el cargo derivado de la flagrancia en la conservación de estupefacientes, que se comprobó durante el allanamiento que se practicó el 19 de noviembre de 2015 en la casa 6, de la manzana 4 del barrio “Los Libertadores”.

En tal virtud hizo referencia a los cargos formulados en la audiencia de formulación de imputación, indicando que a los tres acusados antes mencionados se les habían formulado cargos por los delitos de concierto para delinquir con fines de narcotráfico: violación del artículo 376 inciso 2º, verbos rectores “vender” y “conservar.”

(…)

“Lo que se advierte entonces, es que al tener en cuenta el ítem de la fijación de la pena en el preacuerdo, no se podía equiparar la situación de los señores Dubalier Urrego Pérez, Carlos Humberto Vélez Vargas y Mario Alejandro Betancur Cardona a la de los demás procesados antes mencionados, pese a que el fiscal hubiera empleado la expresión “conservar” al referirse a la violación del artículo 376 del C.P., al narrar el contexto fáctico de la acusación que se presentó ante el Juzgado 1º Penal Circuito Especializado de esta ciudad. En consecuencia lo que se deduce claramente es que el preacuerdo sólo comprendió una conducta de violación del artículo 376 del CP, común a los procesados que aceptaron la convención, que acarreaba la consecuencia jurídica prevista en el 2º inciso de ese artículo por el cual se incrementó la pena fijada para el delito de concierto para delinquir agravado en 4 meses, sin que se hiciera ninguna referencia específica a los hechos que se presentaron el 19 de noviembre de 2015 en la vivienda en la cual fueron aprehendidos los citados ciudadanos y donde se presentó una situación de flagrancia por una nueva vulneración del artículo 376 del C.P, en razón de la conservación de 2.863 gramos de marihuana y 38.2 gramos de sustancias identificadas como positivas para cocaína y sus derivados, que en razón de la droga incautada acarreaban la pena prevista en el inciso 3º del artículo 376 del C.P, es decir de 96 a 144 meses de prisión ya que se incautaron más de mil gramos de marihuana, conducta que quedó sin sanción en el preacuerdo mencionado, lo que indica que no hizo parte de esa convención, lo que le permitía a la FGN, presentar una acusación independiente por ese hecho, que es la que corresponde al proceso que se está tramitando el Juzgado 2º Penal del Circuito de Dosquebradas, ya que sería un despropósito que se aplicara la misma pena a los señores Urrego, Vélez y Betancur, desconociendo que en las audiencias preliminares se les imputó una segunda vulneración del artículo 376 del C.P, derivada de la circunstancia ya referida, lo que obviamente demuestra la existencia de un contexto fáctico diverso al de las otras personas que participaron en el preacuerdo referido”

(…)

“En atención a lo expuesto en precedencia, la Sala considera que no le asiste razón al recurrente que propuso una nulidad, aduciendo que se presentaba una situación de doble juzgamiento en el caso sub examen, ni al señor juez de conocimiento al disponer el envío del expediente ante el juez 1º penal del circuito especializado de esta ciudad.

Se afirma lo anterior porque de los términos del preacuerdo en mención, se deduce la existencia de la causal prevista en el inciso 3º del artículo 53 del CPP, que establece la ruptura de la unidad procesal: “Cuando no se haya proferido para todos los delitos o para todos los procesados decisión que anticipadamente ponga fin al proceso”, ya que es evidente que los hechos sucedidos el 19 de noviembre de 2015, esto es, el hallazgo de la droga antes mencionada en poder de las personas acusadas en el proceso que se tramita en el Juzgado 1º Penal del Circuito de Dosquebradas, que son Dubalier Urrego Pérez, Carlos Humberto Vélez Vargas y Mario Alejandro Betancur Cardona, quienes fueron convocados a juicio por la conservación de 2.863 gramos de marihuana y 38.2 gramos de una sustancia positiva para cocaína, conducta que contempla la consecuencia jurídica prevista en el artículo 376, inciso 3º del C.P, no fueron incluidos dentro del preacuerdo que se presentó a consideración del Juez 1º Penal del Circuito Especializado de Pereira.”

----------------------------------------------------------------------------------------------------------

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA - RISARALDA

SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Pereira, veintitrés (23) de noviembre de dos mil de dos mil dieciséis (2016)

Acta Nro. 1078

Hora: 9:06 a.m.

1. ASUNTO A DECIDIR

Se procede a resolver lo concerniente al recurso de apelación interpuesto por el defensor de los señores Dubalier Urrego Pérez, Carlos Humberto Vélez Vargas y Mario Alejandro Betancur, contra la determinación adoptada por el Juez Segundo Penal del Circuito de Dosquebradas, en la audiencia de formulación de acusación que se adelantó el 11 de agosto de 2016, en la cual no se accedió a una solicitud de nulidad elevada por el Delegado del Ministerio Público.

2. SOBRE LA ACTUACIÓN QUE DIO ORIGEN AL PRESENTE RECURSO

2.1 Según el acta de la audiencia celebrada el 11 de agosto de 2016 (que se denominó erróneamente como audiencia preparatoria), el delegado del Ministerio Público solicitó que se estudiara la posibilidad de decretar la nulidad de lo actuado dentro del juicio que se adelanta contra Dubalier Urrego Pérez, Carlos Humberto Vélez Vargas y Mario Alejandro Betancur por violación del artículo 376 del CP, para lo cual adujo que se presentaba una violación del debido proceso, ya que al parecer se estaba juzgando dos veces a esas personas por los mismos hechos, en contravía del principio de prohibición de *non bis in ídem.*

El delegado de la FGN dijo que esa situación no se presentaba, ya que se había producido la ruptura de la unidad procesal.

El defensor coadyuvó la petición del Procurador delegado.

El juez de conocimiento consideró que para establecer esa situación le solicitaría a la Fiscalía 2ª Especializada y al Juzgado 1º Penal del Circuito Especializado de esta ciudad, los audios del preacuerdo adelantado dentro del proceso con radicado 2016-00012; las constancias y copias de las diligencias relacionadas con la citada negociación; si dentro de esa convención se tuvieron en cuenta las cantidades incautadas; el verbo rector en el que se subsumió la conducta y la actuación que originó la captura de los implicados. [[1]](#footnote-1)

3. SOBRE LA DECISIÓN RECURRIDA.

3.1 En la audiencia de continuación de la formulación de acusación, del 13 de septiembre de 2016, el juez de conocimiento no decretó la nulidad propuesta. Su argumentación se sintetiza así:

* Para el 7 de julio de 2016 se fijó la audiencia de formulación de acusación. Como no había claridad sobre el tema se ordenó oficiar al Juzgado 1º Penal del Circuito Especializado de Pereira para que informara si esa actuación versaba sobre los mismos hechos que se investigan en este proceso.
* La Fiscalía 2ª Especializada envió una constancia sobre la ruptura de la unidad procesal.
* El 11 de agosto de 2016, el delegado del Ministerio Público solicitó que se declarara la nulidad de la actuación adelantada en el presente proceso, por violación del principio del *non bis in ídem.*
* Por ello se requirió al Juez 1º Penal del Circuito Especializado para que enviara copia del escrito de acusación, que sirvió de sustento al preacuerdo que se celebró. Se remitió el CD con el mencionado preacuerdo dentro de la causa radicada con el Nro. 66001 60 08 785 2014 00027.
* Dentro de ese proceso matriz se capturaron aproximadamente 36 personas. Hubo una ruptura de la unidad procesal; se celebró un preacuerdo con 12 procesados, entre los que estaban los señores Urrego Pérez, Vélez Vargas y Betancur Cardona, quienes son los acusados en la presente actuación.
* Al examinar el escrito de acusación del “proceso madre”, se advierte que en el mencionado preacuerdo no se hizo referencia a la cantidad de droga que se menciona en el presente caso.
* A los acusados se les imputó la violación del artículo 376 del CP, en la modalidad de “conservar” en razón de los hechos sucedidos el 19 de noviembre de 2015, durante un allanamiento en el cual se encontraron drogas en la vivienda donde fueron aprehendidos, en cumplimiento de una orden de captura que se había librado en su contra por el delito de concierto para delinquir en modalidad agravada y otras conductas, que es de competencia de los Juzgados Penales del Circuito Especializados
* El 16 de diciembre de 2015 el fiscal 34 seccional de Pereira, que intervino en las audiencias preliminares certificó que se contaba con pruebas para solicitar que se ordenara la captura de 33 personas de una banda delincuencial, de las cuales se hicieron efectivas 17. Igualmente expuso que en razón de los hallazgos que se presentaron en las diligencias de registro, se ordenó compulsar copias de la actuación, entre ellas las que se dirigieron a la Fiscalía Seccional de Dosquebradas, lo que generó el proceso con radicado 2015-00156, al cual están vinculados estos ciudadanos.
* Según el registro de audio de la audiencia donde se presentó el preacuerdo, los procesados Urrego, Vélez y Betancur, aceptaron cargos por la violación del artículo 376 del CP, en la modalidad de “conservar estupefacientes”. Sin embargo no hay claridad sobre las cantidades de droga a que se hace referencia y pese a que se ordenó la ruptura de la unidad procesal, no se sabe si allí aparece involucrada la sustancia que se menciona en el escrito de acusación.
* Esa situación debe ser definida por el juez primero penal del circuito especializado, para verificar que los acusados no sean sometidos a un doble juzgamiento por los mismos hechos, ya que se habla de “conservar” drogas, pero no se indica cuál es la cantidad de esas sustancias y si corresponden a lo manifestado por el delegado de la FGN en la audiencia de formulación de imputación.
* En consecuencia el *A quo* consideró que no resultaba procedente declarar la nulidad solicitada y dispuso que se enviara el expediente al Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Pereira, que tenía la calidad de despacho de mayor jerarquía, cuyo titular aún no se había pronunciado sobre el referido preacuerdo, para que asumiera el conocimiento del caso y determinara si los hechos por los cuales estaban siendo juzgadas las personas antes mencionadas, comprendían el “proceso matriz” con radicado 66001 60 08 785 2014 00027, por el delito de concierto para delinquir agravado y estaban incluidos en el mencionado preacuerdo, por lo cual se debía examinar la actuación cumplida durante las audiencias preliminares mencionadas ya que no existía certeza sobre si se presentaba un evento de doble juzgamiento, no estaba claro que el preacuerdo abarcara a los procesados, y se debían verificar las condiciones de aplicación del artículo 51 del CPP.

3.2 La decisión fue recurrida por el defensor de los procesados.

4. SOBRE EL RECURSO PROPUESTO.

4.1 Defensor (recurrente)

* En el “ proceso matriz”, las audiencias preliminares se adelantaron el 20 de noviembre de 2015, luego de que se efectuara la captura de varias personas entre las cuales se encuentran los procesados vinculados al proceso 2015-00156 que se tramita en el Juzgado 2º Penal del Circuito de Dosquebradas..
* Estas personas fueron aprehendidas en flagrancia en la manzana 4 casa 6 del barrio “Los Libertadores” del municipio de Dosquebradas por tenencia de estupefacientes.
* A diferencia de las demás personas aprehendidas, a los señores Urrego Pérez; Vélez Vargas y Betancur Cardona, se les imputó además en la audiencia preliminar la conducta del artículo 376 del CP, por “conservar” 2.780 gramos de marihuana. Esta imputación es adicional a la presentación de cargos por el delito de concierto para delinquir con fines de narcotráfico, que se formuló de manera genérica para todos los procesados.
* En la audiencia preliminar (minuto 20.57) el juez con función de control de garantías, pidió que se aclarara esa situación. En consecuencia el fiscal (minuto 40.15) procedió a realizar cuatro imputaciones.
* El juez con función de control de garantías aclaró lo relativo a la imputación contra sus defendidos por la conducta de conservación de estupefacientes. Sin embargo en esa audiencia no se ordenó la ruptura de la unidad procesal, en razón de su captura en flagrancia por conservar las sustancias controladas.
* La imputación quedó vigente y corresponde al escrito de acusación que se presentó ante el Juzgado 1º Penal del Circuito Especializado de Pereira. Por ello queda claro que sus representados fueron acusados por la violación del artículo 340-2 del CP. y como coautores de la vulneración del artículo 376, inciso 2º del CP, bajo los verbos rectores “vender” y “conservar” (expresión copulativa), lo que significa que “se agregó” a la acusación primigenia la conducta derivada de la tenencia de la droga encontrada en la diligencia de allanamiento en que fueron capturados. Esa misma situación se estableció en el preacuerdo que celebraron con la FGN.
* No resulta procedente que se practique una investigación conexa, ya que se presenta un contexto diverso pues solamente se formuló una acusación, por lo cual no se reúnen los requisitos del artículo 51 del CPP.
* En el caso de sus representados no se formuló una imputación independiente por la tenencia de la sustancia estupefaciente.
* El preacuerdo no ha sido aprobado, pero fue “ratificado” el 15 de julio de 2016. Se debe tener en cuenta que varios de los acusados, entre ellos las tres personas que representa aceptaron cargos por “vender” y “conservar” estupefacientes y se les advirtió que no había posibilidad de retractación, con lo cual se configura un evento de “cosa juzgada” en razón del preacuerdo que se formalizó ante el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado, que comprendía los hechos relacionados con el hallazgo de la droga en la mencionada diligencia de allanamiento.
* Por lo tanto no se debe enviar el expediente ante el juez 1º penal del circuito especializado, ya que se agravaría la situación de sus defendidos, que serían sometidos a un doble juzgamiento, fuera de que ese despacho no decretó la ruptura de la unidad procesal, por lo cual pide que se archive la actuación del radicado 2015-01556 01 del Juzgado 2º Penal del Circuito de Dosquebradas.

4.2 Fiscal (no recurrente)

* En este caso se realizó una investigación contra una organización criminal por el delito de concierto para delinquir agravado con fines de narcotráfico, y violación del artículo 376 del C.P, donde se hicieron efectivas unas capturas, proceso que es de competencia de los juzgados penales del circuito especializado.
* Para hacer efectivas esas órdenes de aprehensión se hizo un allanamiento en la casa de los acusados Urrego, Vélez y Betancur, donde se comprobó la existencia de una situación de flagrancia por tenencia de drogas, lo que resulta conforme a la audiencia de formulación de imputación y la acusación que se presentó en su contra, lo que dio origen al “proceso derivado” que se tramita en el Juzgado 2º Penal del Circuito de Dosquebradas, radicado 2015-01556-01), ya que se trata de hechos diversos a los que motivaron la expedición de las órdenes de captura.
* La situación relacionada con el hallazgo de los estupefacientes en ese operativo policial, no hizo parte del preacuerdo que se tramitó en el Juzgado 1º Penal del Circuito Especializado, que versó sobre las conductas primigenias por las cuales se había dictado el mandato de captura contra los procesados y que fue “etéreo” frente al evento de la conservación de la droga durante el allanamiento mencionado.
* El envío de la actuación ante el mencionado despacho por motivos de conexidad, podría redundar en una situación más beneficiosa para los acusados ya que al momento de tasar la pena se deberían aplicar las reglas del concurso de delitos y de fijación de cuartos por concurso de personas en el delito, lo que no sucedería si se tramita de manera independiente el proceso del Juzgado 2º Penal del Circuito de Dosquebradas.
* No existe certeza sobre el hecho de que el preacuerdo en mención incluya el hallazgo de la droga incautada durante el allanamiento donde se dio captura a los procesados Urrego, Vélez y Betancur. A su vez es posible que se aplique la figura de la “competencia por conexidad” y que en el Juzgado 1º Penal del Circuito Especializado se puede presentar una nueva acusación para “igualar” los dos procesos.
* Se encuentra demostrado que por los hechos relacionados con el hallazgo de la droga durante el registro, se hizo una imputación independiente.
* Pide que se confirme la decisión recurrida.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

5.1 De conformidad con la decisión de primer grado y el recurso propuesto el tema en discusión versa sobre la decisión adoptada por el juez segundo penal de penal del circuito del municipio de Dosquebradas, quien no accedió a decretar una nulidad que había solicitado el delegado del Ministerio Público en la audiencia de formulación de acusación, quien sustentó su petición en el hecho de que se estaba adelantando un doble juzgamiento en el caso de los ciudadanos Dubalier Urrego Pérez, Mario Alejandro Betancur Cardona y Carlos Humberto Vélez Vargas, por la violación del artículo 376 del CP y por el contrario decidió enviar el expediente con radicado 2015-00156 al Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Pereira para que asumiera el conocimiento del caso y se pronunciara sobre si los hechos relacionados con el hallazgo de sustancias alucinógenas en la residencia donde se dio captura a los implicados el 19 de noviembre de 2015, estaban comprendidos dentro de un preacuerdo que habían celebrado un grupo de personas entre las cuales se encontraban las personas acusadas en el caso que se tramita en su despacho por violación del artículo 376 del C.P., en virtud de la conservación de sustancias sicoactivas en su residencia en la fecha antes mencionada.

5.2 Para esclarecer la confusa situación que se presenta, se debe partir de los siguientes hechos:

5.2.1 Según consta en la carpeta de la FGN, se contaba con un informe de investigador de campo según el cual se había establecido que en la comuna 9 del municipio de Dosquebradas, en los barrios Los Libertadores, César Augusto López Arias, Luis Carlos Galán, Divino Niño, Los Alpes, La Mariana, Villa María y San Diego, entre otros, existía una organización delincuencial liderada por Edwin Joani Ríos izquierdo y Viviana Ríos Izquierdo, que se dedicaba a la venta de estupefacientes y usaban armas de fuego de diverso calibres para efectuar actos de microtráfico de drogas. Esta organización era conocida como “Los Libertadores”[[2]](#footnote-2).

5.2.2 Como consecuencia de esa investigación se practicaron varios allanamientos. En lo que interesa a esta decisión, el 19 de noviembre de 2015 en la manzana 4, casa 6 del barrio “Los Libertadores” fueron detenidos junto con otras personas los señores Duvalier Urrego Pérez; Carlos Humberto Vélez Vargas, y Alejandro Betancourt Cardona.

Hay que tener en cuenta que según el acta de la diligencia de registro y allanamiento que se adelantó en esa fecha[[3]](#footnote-3), en contra de las personas antes mencionadas se habían expedido las órdenes de captura Nos. 290015222, 290015231 y 190015240 proferidas por el Juzgado 2º Penal Municipal de Conocimiento y Garantías de Dosquebradas, por los delitos de concierto para delinquir, tráfico, fabricación y porte de estupefacientes y homicidio, fecha de los hechos 22-09-2014 y fecha de decisión 13-11-2015, lo que da entender que el registro domiciliario no estaba dirigido precisamente a la búsqueda de sustancias controladas, sino a hacer efectivas esas órdenes de aprehensión contra los citados ciudadanos por diversos delitos entre los cuales estaba la violación del artículo 376 del C.P., por lo cual el hallazgo de la droga en esa residencia se tiene que entender como un hecho sobreviniente a esa investigación.

5.2.3 En consecuencia se advierte que precisamente esa fue la investigación que le correspondió al Juzgado 1º Penal del Circuito Especializado, con el radicado que viene a ser el llamado “proceso matriz” con radicado 66001 60 08 785 2014 00027, lo que se explica porque el delito de concierto para delinquir en modalidad agravada es de competencia de esos despachos que además conoce de los delitos que concursan según lo que dispone el parágrafo del artículo 53 del CPP.

5.3. Del acta correspondiente a las audiencias preliminares adelantadas el día 20 de noviembre de 2015, se desprenden las siguientes actuaciones que guardan relación con el problema jurídico que se debe resolver:

5.3.1 El juez con función de control de garantías consideró que las órdenes de allanamiento y la actuación cumplida en los respectivos operativos se encontraban ajustadas a la legalidad.

5.3.2 Seguidamente el delegado de la FGN solicitó que se declarara legal la aprehensión de los indiciados, contra quienes se había expedido orden de captura por los delitos de concierto para delinquir agravado (con fines de narcotráfico); tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en la modalidad de “suministrar, vender y almacenar”.

Las personas relacionadas fueron: Bibiana Ríos Izquierdo, Alejandro Galvis Ríos, Daniela Galvis Ríos, Jhohan David Velasco Arias, Brandan Gallego Aguirre, John Anderson Gómez Muñoz, John Jaduens Osorio Galvis, Cristhian Camilo Franco García, Samir Renato Gaspar Cuartas, Santiago Betancur Cardona, Julio Alejandro Muñoz Usma, Juan Camilo López y Johan Andrés Clavijo Duque, y Dubalier Urrego Pérez, Mario Alejandro Betancur Cardona y Carlos Humberto Vélez Vargas.

La captura de estas personas fue considerada legal. No se interpuso ningún recurso.

5.4 En lo que atañe a la formulación de imputación, se debe hacer la siguiente distinción frente a la imputación formulada por la violación del artículo 376 del C.P. según el acta de la audiencia preliminar[[4]](#footnote-4)

5.4.1 A Bibiana Ríos Izquierdo se le imputó la conducta punible, bajo la inflexión verbal “suministrar”.

5.4.2 A los demás procesados, (con excepción de las personas vinculadas al presente proceso), se les formuló el cargo, bajo única inflexión verbal de “vender”.

5.4.3 A Dubalier Urrego Pérez, Carlos Humberto Vélez Vargas y Mario Alejandro Betancur Cardona se les presentaron cargos por la violación del artículo 376 del C.P verbo rector “vender” y “conservar“. Estas personas no aceptaron la imputación frente al artículo 376 del CP.

5.4.2 El juez con función de control de garantías manifestó que se había formulado imputación contra estas personas por los delitos antes enunciados en la modalidad de “vender y conservar“.

5.5 En el presente caso lo que se infiere es que el delegado de la FGN consideró que en lo relativo a la violación del artículo 376 del CP, el hallazgo de la sustancia estupefaciente en la residencia donde fueron capturados los ciudadanos Urrego Pérez, Vélez Vargas y Betancur Cardona, constituía una conducta punible diversa e independiente a las que motivaron la expedición de las órdenes de captura contra esos procesados por violación del artículo 340-2 C.P. y del artículo 376 *ibídem,* en la modalidad de *“vender”,* frente a lo cual se presenta una compleja situación por lo siguiente:

5.5.1 Se entiende que las audiencias preliminares celebradas no tenían que ver esencialmente con los hechos de hallazgo de drogas en la residencia donde se hicieron efectivas las órdenes de captura libradas contra esas personas, sino con los delitos que hacen parte del llamado “proceso matriz” que se adelanta contra todos los vinculados al citado proceso.

5.5.2 Siguiendo el mismo razonamiento, se debe tener en cuenta que la FGN presentó escrito de acusación el 28 de marzo de 2016, proceso que le correspondió al juzgado 2º penal del circuito de Dosquebradas[[5]](#footnote-5) bajo el radicado 2015-00156.

En el contexto fáctico del citado escrito de acusación se manifestó lo siguiente:

*“El 19 de noviembre del año 2015 a las 05:00 horas, en desarrollo de diligencia de allanamiento a la residencia situada en la manzana 4 casa 6 del barrio los Libertadores, funcionarios de la Sijín dieron captura a DUBALIER URREGO PEREZ, CARLOS HUMBERTO VELEZ VARGAS Y MARIO ALEJANDRO BETANCUR CARDONA, quienes tenían órdenes de captura en su contra y en ese mismo momento encontraron sustancias estupefacientes en el interior de la residencia. Según el informe ejecutivo, al llegar a la residencia tuvieron que utilizar la fuerza para ingresar y allí encontraron a los citados anteriormente en compañía de las jóvenes Yesica Marcela Hurtado Mosquera y Yudi Marcela Franco Romero (para quienes se decretó la ilegalidad de la captura y fueron puestas en libertad de inmediato) procedieron a hacer efectivas las órdenes de captura que pesaban en contra de los varones y de inmediato procedieron a realizar el allanamiento como tal; en esta diligencia encontraron en la sala denominada como zona 1 133 bolsas con sustancia vegetal más 30 bolsas con 4 cigarrillos cada una con sustancia similar a la anterior ambas con características de estupefacientes y 140 bolsas con sustancia estupefaciente pulverulenta. Las sustancias en su orden tuvieron un peso bruto de 3.105.60 gramos y un peso neto de 2.863.8 gramos con resultado positivo para cannabis sativa o marihuana y, la sustancia pulverulenta un peso bruto de 60.1 gramos y un peso neto de 38.2 gramos con positivo para cocaína y sus derivados.*

*Por los anteriores hechos se le formularon cargos en calidad de COAUTORES a título de dolo por el delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES,* a *las voces del inciso 3o del artículo 376 del CP, modificado por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011, verbo rector CONSERVAR, ante el juzgado segundo penal municipal de Pereira, con función de control de garantías, el 20 de noviembre de 2015, frente a tal imputación NO ACEPTARON LOS CARGOS, no se les impuse medida de aseguramiento por este caso,* *quedando a disposición de la fiscalía especializada de Pereira.*

*Con los EMP, EF e ILO, con que cuenta la Fiscalía se puede afirmar con probabilidad de verdad que DUBALIER URREGO PEREZ, CARLOS HUMBERTO VÉLEZ VARGAS Y MARIO ALEJANDRO BETANCUR CARDONA son coautores material a título de dolo de la conducta punible de TRÁFICO. FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, tipificado en el Libro Segundo, Título XIII, de los delitos contra la salud pública, Capítulo II, del tráfico de estupefacientes y otras infracciones, artículo 376, inciso 3o del Código Pendí, modificado por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011, verbo rector CONSERVAR la cantidad de 2.863.8 gramos de marihuana y 38.2 gramos de cocaína y sus derivados.”*

5.6 Ante esa situación resulta imperativo referirse a las actuaciones cumplidas en la confusa audiencia preliminar que se adelantó el 20 de noviembre de 2015, que demuestran lo siguiente:

* En el video No. 3 el fiscal le imputó cargos a los procesados Dubalier Urrego Pérez , Carlos Humberto Vélez Vargas y Mario Alejandro Betancur Cardona como coautores de un concurso de delitos de: i) concierto para delinquir agravado (con fines de narcotráfico) descrito en el artículo 340-2 del C.P; ii) violación del artículo 376-2 del CP en la modalidad de “venta“ y iii) vulneración de la misma norma en la modalidad de conservación, en vista de que se encontraron estupefacientes en la residencia que fue allanada y donde fueron capturadas las personas antes mencionadas, con la variación de que la pena correspondía al inciso 3º del artículo 376 del C.P.[[6]](#footnote-6)
* En el video No 4.[[7]](#footnote-7) el juez se refirió al caso de los acusados Dubalier Urrego Pérez, Carlos Humberto Vélez Vargas y Mario Alejandro Betancur Cardona y le preguntó al fiscal sobre la imputación por violación al artículo 376 del CP, “en un caso de flagrancia“.
* El fiscal informó que durante el allanamiento efectuado en la casa donde fueron capturadas estas personas, se habían hallado 2.870 gramos de marihuana y 38.2 gramos de cocaína.
* El defensor intervino para exponer que si se había presentado la situación de flagrancia referida, pero que no tenía que ver con estos procesados, sino con dos personas que habían quedado en libertad.
* El fiscal precisó que en el caso de los procesados Dubalier Urrego Pérez, Carlos Humberto Vélez Vargas y Mario Alejandro Betancur Cardona, se les formulaba imputación por la violación del artículo 340-2 del C.P. y del artículo 376 del CP, más los hechos derivados del hallazgo de la droga antes mencionada en la residencia donde fueron capturados, en la cual se encontraban un total de cinco personas, donde se presentó una situación de flagrancia, por lo cual igualmente les formulaba cargos como coautores de la violación del artículo 376, inciso 3º del C.P. en la modalidad de “conservar“ sustancia estupefaciente y con la circunstancia de mayor puniblidad derivada del concurso de personas en el delito.
* Ante un requerimiento del juez de garantías, el fiscal insistió en que en el caso de esas tres personas se les imputaba: i) la violación del artículo 340-2 del C.P.; ii) la vulneración del artículo 376 *ibidem* en modalidad de venta (sin estado de flagrancia); y iii) la misma conducta en modalidad de conservación en relación con el hallazgo de la droga antes mencionada (en estado de flagrancia).[[8]](#footnote-8)
* Seguidamente el juez con función de control de garantías les preguntó a los acusados Urrego Pérez, Vélez Vargas y Betancur Cardona si aceptaban los cargos en los mismos términos antes mencionados, incluyendo la conducta “conservar” sustancias estupefacientes y estos se pronunciaron negativamente.
* Seguidamente el juez con función de control de garantías manifestó que se declaraba formulada la imputación de la manera antes descrita.
* El fiscal solicitó que se impusiera medida de aseguramiento contra todos los procesados por los delitos antes mencionados. El juez de garantías le impuso medida de aseguramiento entre otros, a Dubalier Urrego Pérez, Carlos Humberto Vélez Vargas y Mario Alejandro Betancurt Cardona, decisión que fue recurrida por los defensores.[[9]](#footnote-9)

5.7 Se entiende que el proceso seguido contra los 16 imputados pasó a conocimiento del Juzgado 1º Penal del Circuito Especializado de Pereira, con excepción de la imputación relacionada con el hallazgo de la droga en la manzana 4, casa 6 del barrio “Libertadores”, que fue la otra conducta que se le imputó a los acusados Dubalier Urrego Pérez , Carlos Humberto Vélez Vargas y Mario Alejandro Betancur Cardona en la citada audiencia preliminar, como una violación del artículo 376 del C.P. con la consecuencia jurídica prevista en el tercer inciso del artículo 376 del C.P.

5.8 Según el video anexado, el 15 de julio de 2016 ante el citado despacho, el delegado de la FGN dio lectura al documento correspondiente a un preacuerdo celebrado con los procesados, sobre el cual expuso lo siguiente en lo que tiene que ver con las personas relacionadas en esta investigación[[10]](#footnote-10) :

* Se hizo referencia a Dubalier Urrego Pérez, manifestando que se dedicaba a labores de recibir drogas y controlar la venta y distribución de ese material en el barrio “Los Libertadores”.
* Sobre Carlos Humberto Vélez Vargas se dijo que recibía drogas, las entregaba a otras personas para su distribución y además realizaba patrullajes en el sector.
* En torno a Mario Alejandro Betancur Cardona, manifestó que se desempeñaba como “campanero” y vendedor.
* El fiscal hizo hincapié en que esas personas hacían parte del organigrama de la organización delictiva “Los libertadores”, cumpliendo los roles antes mencionados, por lo cual se solicitó la expedición de ordenes de captura contra sus integrantes.

5.8.1 Como se observa, en el caso de estos tres ciudadanos, al sustentar el preacuerdo el fiscal se refirió a su pertenencia a esa organización criminal y las actividades que desarrollaban dentro de ese grupo delictivo, de lo cual se desprende que esos actos estaban relacionados con la imputación que se les hizo en la audiencia preliminar, por violación de los artículos 340-2 y 376-2 del C.P, sin incluir el cargo derivado de la flagrancia en la conservación de estupefacientes, que se comprobó durante el allanamiento que se practicó el 19 de noviembre de 2015 en la casa 6, de la manzana 4 del barrio “Los Libertadores”.

En tal virtud hizo referencia a los cargos formulados en la audiencia de formulación de imputación, indicando que a los tres acusados antes mencionados se les habían formulado cargos por los delitos de concierto para delinquir con fines de narcotráfico: violación del artículo 376 inciso 2º, verbos rectores “vender” y “conservar“.[[11]](#footnote-11)

El fiscal expuso que se había presentado acusación contra estas personas como coautores de ese concurso de delitos.

5.8.2 Seguidamente el delegado de la FGN manifestó que se había llegado a un preacuerdo según el cual los acusados Urrego, Vélez y Betancur (entre otras personas) aceptaban los cargos por los cuales se les formuló acusación ante el Juzgado Penal del Circuito Especializado el 19 de mayo de 2016.

Ulteriormente manifestó que el preacuerdo celebrado tenía como contraprestación el reconocimiento de la circunstancia de marginalidad, ignorancia y pobreza extrema prevista en el artículo 56 del C.P. que se reconoció en favor de los procesados que identificó, como consecuencia de la convención acordada.

5.8.3 Luego expuso que en el caso de las tres personas acusadas en el proceso que se tramitan en el Juzgado 1º Penal del Circuito Especializado de Pereira, se había pactado una pena de 39 meses de prisión por el delito de concierto para delinquir agravado con fines de narcotráfico, incrementado en 4 meses por la violación del artículo 376 del C.P.[[12]](#footnote-12), quedando una pena definitiva de 43 meses, para “los integrantes de la organización”.

Sin embargo el fiscal que incluyó en ese *ítem* del preacuerdo a otros procesados como Daniela Galvis Ríos; Sammy Renato Gaspar Cuartas. Santiago Betancurt Cardona; Juan Camilo López; Johann Betancur Cardona; Jhon Andrés Camilo Duque; Jhon Jader Gómez Muñoz; Jhon Jauder Osorio y Cristian Camilo Franco García, no hizo ninguna referencia a la conducta de la conservación de estupefacientes en estado de flagrancia, por la que fueron acusados los señores Urrego Pérez, Vélez Vargas y Betancur Cardona, ante el Juzgado 2º Penal del Circuito de Dosquebradas, dentro del proceso radicado con el Nro. 2015-001556, que había sido objeto de imputación en la audiencia preliminar que se adelantó el 20 de noviembre de 2015.

5.8.4 Seguidamente el juez 1º penal del circuito especializado de Pereira les preguntó a todos los procesados que estuvieron presentes en esa audiencia, si aceptaban los cargos, precisando que en el grupo del que hacían parte los señores Urrego Pérez, Vélez Vargas y Betancur Cardona el preacuerdo comprendía dos delitos: i) concierto para delinquir agravado y fabricación tráfico y porte de estupefacientes[[13]](#footnote-13). Los tres procesados referidos manifestaron que aceptaban los cargos[[14]](#footnote-14).

5.9 Lo que se advierte entonces, es que al tener en cuenta el ítem de la fijación de la pena en el preacuerdo, no se podía equiparar la situación de los señores Dubalier Urrego Pérez, Carlos Humberto Vélez Vargas y Mario Alejandro Betancur Cardona a la de los demás procesados antes mencionados, pese a que el fiscal hubiera empleado la expresión “conservar” al referirse a la violación del artículo 376 del C.P., al narrar el contexto fáctico de la acusación que se presentó ante el Juzgado 1º Penal Circuito Especializado de esta ciudad. En consecuencia lo que se deduce claramente es que el preacuerdo sólo comprendió una conducta de violación del artículo 376 del CP, común a los procesados que aceptaron la convención, que acarreaba la consecuencia jurídica prevista en el 2º inciso de ese artículo por el cual se incrementó la pena fijada para el delito de concierto para delinquir agravado en 4 meses, sin que se hiciera ninguna referencia específica a los hechos que se presentaron el 19 de noviembre de 2015 en la vivienda en la cual fueron aprehendidos los citados ciudadanos y donde se presentó una situación de flagrancia por una nueva vulneración del artículo 376 del C.P, en razón de la conservación de 2.863 gramos de marihuana y 38.2 gramos de sustancias identificadas como positivas para cocaína y sus derivados, que en razón de la droga incautada acarreaban la pena prevista en el inciso 3º del artículo 376 del C.P, es decir de 96 a 144 meses de prisión ya que se incautaron más de mil gramos de marihuana, conducta que quedó sin sanción en el preacuerdo mencionado, lo que indica que no hizo parte de esa convención, lo que le permitía a la FGN, presentar una acusación independiente por ese hecho, que es la que corresponde al proceso que se está tramitando el Juzgado 2º Penal del Circuito de Dosquebradas, ya que sería un despropósito que se aplicara la misma pena a los señores Urrego, Vélez y Betancur, desconociendo que en las audiencias preliminares se les imputó una segunda vulneración del artículo 376 del C.P, derivada de la circunstancia ya referida, lo que obviamente demuestra la existencia de un contexto fáctico diverso al de las otras personas que participaron en el preacuerdo referido,

5.10 Solución al caso concreto

5.10.1 En atención a lo expuesto en precedencia, la Sala considera que no le asiste razón al recurrente que propuso una nulidad, aduciendo que se presentaba una situación de doble juzgamiento en el caso *sub examen,* ni al señor juez de conocimiento al disponer el envío del expediente ante el juez 1º penal del circuito especializado de esta ciudad.

Se afirma lo anterior porque de los términos del preacuerdo en mención, se deduce la existencia de la causal prevista en el inciso 3º del artículo 53 del CPP, que establece la ruptura de la unidad procesal: *“Cuando no se haya proferido para todos los delitos o para todos los procesados decisión que anticipadamente ponga fin al proceso”,* ya que es evidente que los hechos sucedidos el 19 de noviembre de 2015, esto es, el hallazgo de la droga antes mencionada en poder de las personas acusadas en el proceso que se tramita en el Juzgado 1º Penal del Circuito de Dosquebradas, que son Dubalier Urrego Pérez, Carlos Humberto Vélez Vargas y Mario Alejandro Betancur Cardona, quienes fueron convocados a juicio por la conservación de 2.863 gramos de marihuana y 38.2 gramos de una sustancia positiva para cocaína, conducta que contempla la consecuencia jurídica prevista en el artículo 376, inciso 3º del C.P, no fueron incluidos dentro del preacuerdo que se presentó a consideración del Juez 1º Penal del Circuito Especializado de Pereira.

5.10.2 Por lo tanto se revocará la decisión de primera instancia y en su lugar se dispondrá que el juez 2º penal del circuito de Dosquebradas, continúe con el trámite del proceso que fue interrumpido en virtud de la decisión adoptada el 11 de agosto de 2106 y el recurso que interpuso el señor defensor de los procesados.

Con base en lo expuesto en precedencia, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Pereira,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el auto del 11 de agosto de 2016 del juez 2º penal del circuito de Dosquebradas.

SEGUNDO: Devolver el expediente al citado despacho, para que se continúe con la audiencia de formulación de acusación en contra de los procesados.

TERCERO: Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella no procede ningún recurso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Magistrado

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Magistrado

MARÍA ELENA RÍOS VÁSQUEZ

Secretaria

1. Folio 39 [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 19 a 2 [↑](#footnote-ref-2)
3. Folio 23 fte y vto. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 7 a 11 [↑](#footnote-ref-4)
5. Folio 12 [↑](#footnote-ref-5)
6. A partir de H. 00. 01.10 [↑](#footnote-ref-6)
7. A partir de H. 00. 11.10 [↑](#footnote-ref-7)
8. A partir de H 00.17.45 [↑](#footnote-ref-8)
9. Video 5 a partir de 01.02.04. Se aclara que la medida comprendió a los s demás procesados. [↑](#footnote-ref-9)
10. A partir de H.00.21.39 [↑](#footnote-ref-10)
11. A partir de H.00.24.53 [↑](#footnote-ref-11)
12. A partir de H.00.32.48 [↑](#footnote-ref-12)
13. A partir de H.00.54.09 [↑](#footnote-ref-13)
14. A partir de H. 00.58.20n hasta H:01.00.18 [↑](#footnote-ref-14)