

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO NOVENO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE BOGOTÁ

Bogotá, D.C., veintidós (22) de mayo de dos mil veinte (2020)

ASUNTO

Resolver si se le imparte aprobación al preacuerdo suscrito entre la fiscalía y **JOSE GIOVANNY HUERTAS SABALA**, con la asistencia de su defensor.

HECHOS

Tienen su génesis en la información suministrada por una fuente humana, la cual se identificó como PEDRO, quien señaló a las autoridades que habían dos personas del Frente Alfredo Gómez Quiñones del Ejército de Liberación Nacional –ELN-, que llegarían a Bogotá para acondicionar un carro bomba, junto con una persona de alias “EL RATON”, quien integra las redes de apoyo al terrorismo -RAT- encargado de realizar la entrega del explosivo en el centro de la ciudad, agregando que este último se movilizaba en un taxi de placas WLT756.

Fue así como el 9 de julio de 2018, con base en la información suministrada por el informante, que las autoridades ubicaron el rodante en cuestión, en compañía de otro con placas VEB124, en la carrera 13 con calle 67 sur, hallando en el primero aproximadamente 8 metros de mecha pirotécnica o detonante de color verde y en el segundo una caneca con 30 kilogramos de

material explosivo, razón por la cual fueron detenidos en el lugar, entre otros, ELIAS SIERRA MONSALVE alias “EL RATON”.

Con posterioridad, tras practicar labores investigativas, se pudo establecer que quien conducía el vehículo de placas VEB124, en el que se encontró una caneca con 30 kilogramos de material explosivo que previamente había sido entregada por un señor de nombre MARIO VILLAMIL ARIZA, fue a **JOSE GIOVANNY HUERTAS SABALA**.

ACTUACIÓN PROCESAL

El 22 de agosto de 2018, ante el Juzgado 47 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de esta ciudad, la fiscalía le imputó a **JOSE GIOVANNY HUERTAS SABALA**, en calidad de autor, el delito de fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos agravado (Artículos 366 y 365 numerales 1 y 5 del Código Penal), cargo que no fue aceptado por el procesado.

En dicha oportunidad el director de la audiencia resolvió imponerle medida de aseguramiento privativa de la libertad, consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario.

DEL PREACUERDO

El 22 de agosto del 2019, la Fiscalía Treinta y Cuatro de la Dirección Especializada Contra las Organizaciones Criminales DECOC, radicó acta de preacuerdo suscrita con el procesado, en presencia de su defensor, correspondiendo su conocimiento al Juzgado 7º Penal del Circuito Especializado de Bogotá; sin embargo, en esa ocasión el acusado se retractó de la negociación, razón por la cual fue sometida nuevamente a reparto y, el

27 de septiembre de 2019, le correspondió el trámite de la misma a este Despacho.

El preacuerdo cuya legalidad se verifica, la fiscalía consignó que **JOSE GIOVANNY HUERTAS SABALA** aceptaría su responsabilidad en los hechos, sustrayendo al ente acusador de probar en un juicio oral los aspectos relativos a la existencia del delito y su responsabilidad, recibiendo a cambio de dicha aceptación, la degradación de su grado de participación de coautor a cómplice, concediéndole una rebaja en la pena equivalente al 50% de la pena mínima a imponer.

Para la tasación, dijo que se partiría de la pena contemplada para el delito de fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos, que contempla una pena de once (11) a quince (15) años de prisión, a cuyo mínimo le aplicó el descuento punitivo pactado, esto es, aplicándole el descuento punitivo acordado por la degradación de coautor a cómplice, quedando la pena en cinco (5) años y seis (6) meses de prisión.

Por su parte, la defensa solicitó impartir aprobación al preacuerdo.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 35-23 del Código de Procedimiento Penal, este Juzgado es competente para conocer de este asunto.

El artículo 348 del CPP, en concordancia con el 351 ibídem, prevé la posibilidad de que entre la fiscalía y el acusado se suscriba preacuerdo sobre los hechos y sus consecuencias, para lo cual, si hubiere un cambio favorable

para el imputado en relación con la pena, ésta debe ser la única rebaja compensatoria por el acuerdo; dicho instituto tiene como fines humanizar la actuación penal, obtener una pronta y cumplida justicia, activar la solución de los conflictos sociales que el delito genera, propiciar la reparación integral de la víctima y la participación del acusado en la resolución de su caso.

El juzgado entrará a determinar si el preacuerdo se encuentra ajustado a la legalidad.

Para lo anterior, es necesario recordar que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, tiene establecida una doctrina¹según la cual no existe control material en materia de preacuerdos y negociaciones; sin embargo, admite que lo que sí existe es control judicial sobre aspectos claramente regulados en la ley, como el caso de la prohibición de una doble rebaja compensatoria pues, en efecto, el inciso 2 del artículo 351 del Código de Procedimiento Penal establece que *“si hubiera un cambio favorable para el imputado con relación a la pena por imponer esto constituirá la única rebaja por el acuerdo compensatorio”*.

Así entonces, el juzgado no encontró reparo ni en cuanto a la prueba mínima para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado **JOSE GIOVANNY HUERTAS SABALA**, en un grado de conocimiento de probabilidad de verdad que es el que se requiere para la acusación, ni en que este se acogió en forma libre, consciente y voluntaria, pues así se verificó en audiencia del 16 de diciembre de 2019.

1 Ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Fallo de tutela del 6 de marzo de 2012, M.P. Javier Zapata Ortiz, radicación 59043.

El reparo consiste en que, de acuerdo con los elementos materiales probatorios allegados por la Fiscalía, se reconoció una doble rebaja compensatoria, lo que está proscrito.

En efecto, en la audiencia de imputación, la Fiscalía General de la Nación le atribuyó al procesado el delito de fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos agravado según lo dispuesto en los artículos 366 y 365 inciso 3º numerales 1 y 5 del Código Penal, en calidad de coautor.

No obstante lo anterior, el delegado de la Fiscalía, en la audiencia de verificación del preacuerdo, para la tasación de la pena a imponer al acusado, partió de la pena mínima contemplada para el delito de fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos, esto es, de once (11) años, a los cuales procedió a realizar la rebaja en virtud de la degradación en la modalidad de participación de coautor a cómplice, estableciéndola en cinco (5) años y seis (6) meses, de lo que se colige que no tuvo en cuenta para la estimación de la misma, los agravantes que se le atribuyeron en la audiencia de imputación del 10 de julio de 2019², por lo que la misma debía partir de veintidós (22) años, y a estos era que se les debía aplicar el beneficio del 50%, por lo que quedaría finalmente en once (11) años de prisión, toda vez que el inciso 2º del artículo 366, es claro en señalar que la pena de esa conducta se duplicaría si se incurría en cualquiera de los numerales señalados en el inciso 3º, numerales 1 y 5 del artículo 365 del Código Penal, como ocurrió en el presente caso.

Sobre lo anterior, debe indicar este Despacho que no es de recibo la desestimación del inciso 3º, numerales 1 y 5 del artículo 365 del Código

² CD audiencias preliminares del 10 de julio de 2019, carpeta del CD False_110016000002720180030200_4088000047_10-07-2018 11:39-51 a. m._88a2e8a8-df4c-4c17-85a3-e3252741d49f, record 01:37:43 a 1:39:15

Penal, por parte del delegado de la fiscalía para la tasación de la pena a imponer en virtud de preacuerdo, por cuanto de la sola enunciación de los hechos se desprende que sí existió las circunstancias de agravación punitivas que le fueran imputadas a **JOSE GIOVANNY HUERTAS SABALA**.

Aunado a lo anterior, tampoco puede pasar por alto este Despacho que el delegado de la fiscalía eliminó de un tajo, sin ninguna explicación, el agravante contenido en el numeral 5 del inciso 3º del artículo 365 del Código Penal (Obrar en coparticipación criminal.), puesto que no hizo mención alguna frente al mismo, ni en el acta de preacuerdo, ni en la respectiva verbalización; y aunque en relación con el agravante del inciso 1º de dicha normativa sí hizo mención, cuando fue a tasar la pena tampoco lo tuvo en cuenta.

Además, en lo que respecta a dicho agravante, el Despacho le cuestionó al delegado de la fiscalía si lo había considerado para el cálculo de la pena de prisión preacordada, a lo que el ente acusador, manifestó que sí³, lo cual no corresponde a la realidad, ya que se itera, que para su disposición no se partió del doble de la misma como correspondía, sino de la condena mínima del delito de fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos.

En este punto, conviene recordar que no obstante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado que no es posible hacer control material de un preacuerdo, cuando la Fiscalía excluye circunstancias de agravación punitiva⁴, la eliminación debe estar plenamente explicada y sustentada, ya que de otro modo se atentaría contra los principios de legalidad y estricta tipicidad, lo que acá no ocurrió, pues el fiscal eliminó la

³ Audio audiencia de verificación de preacuerdo del 16 de diciembre de 2019, record 18:51 a 19:00.

⁴ Radicado SP 16731-2017, 45.964 del 27 de septiembre de 2017, M. P. Eyder Patiño Cabrera.

causal contenida en el numeral 1 del inciso 3º del artículo 365 del Código Penal, sin explicación alguna.

Por lo tanto, se concluye que se benefició indebidamente al procesado, por cuanto obtuvo menos pena, pues sobre el particular, la norma procesal penal en el artículo 350 establece que:

“Desde la audiencia de formulación de imputación y hasta antes de ser presentado el escrito de acusación, la Fiscalía y el imputado podrán llegar a un preacuerdo sobre los términos de la imputación. Obtenido este preacuerdo, el Fiscal lo presentará ante el Juez de Conocimiento como escrito de acusación.

“El fiscal y el imputado, a través de su Defensor, podrán adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo, en el cual el imputado se declara culpable del delito imputado, o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el Fiscal:

“1. Elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva, o algún caso específico.

“2. Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena”.

“Desde la audiencia de formulación de imputación y hasta antes de ser presentado el escrito de acusación, la Fiscalía y el imputado podrán llegar a un preacuerdo sobre los términos de la imputación. Obtenido este preacuerdo, el Fiscal lo presentará ante el Juez de Conocimiento como escrito de acusación.

“El fiscal y el imputado, a través de su Defensor, podrán adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo, en el cual el imputado se declara culpable del delito imputado, o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el Fiscal:

“1. Elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva, o algún caso específico.

“2. Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena”.

A su vez, el inciso segundo del artículo 351 ibídem señala:

“(…) También podrán el Fiscal y el imputado llegar a un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias. Si hubiere un cambio favorable para el imputado con relación a la pena a imponer, esto constituiría la única rebaja compensatoria por el acuerdo. Para efectos de la acusación se procederá en la forma prevista en el inciso anterior.”

Por esa razón, el preacuerdo presentado no sólo reconoce una doble rebaja compensatoria sino que atenta contra los principios de legalidad y estricta tipicidad, como núcleos esenciales del debido proceso, al habersele retirado dos agravantes imputados, sin ninguna explicación, que de haber sido considerados por la fiscalía, la obligaría a partir de la pena impuesta para el tipo básico, esto es, de veintidós (22) años de prisión, cifra muy distinta a la que se tuvo en cuenta en el preacuerdo objeto de este pronunciamiento y, sumado a ello, le degradó su participación a la de un cómplice con la correspondiente rebaja.

Reitérese, que el juzgado no está haciendo control material del preacuerdo, sino judicial, respecto de uno de los temas previstos en la ley, cual es la prohibición de conceder una doble rebaja compensatoria con incidencia en la pena, análisis con fundamento en los mismos elementos materiales probatorios que allegó el delegado de la Fiscalía.

Con todo, no está de más recordar que desde la sentencia C-1260 de 2005, se dijo que la Fiscalía no puede crear tipos penales y que, en todo caso, a los hechos invocados en su alegación, no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponde conforme a la ley preexistente y que la facultad del fiscal de tipificar la conducta con miras a disminuir la pena es una simple labor de adecuación y no de construcción del tipo penal. Por lo anterior, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del numeral 2º, del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, que dispone que *“tipifique la conducta de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena”*.

Ese principio de legalidad es reiterado nuevamente en la sentencia C-059 de 2010, por la Corte Constitucional, al indicar que el fiscal no cuenta con una libertad absoluta al momento de adecuar la conducta punible; a los hechos

invocados en su alegación conclusiva, el Fiscal no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente, acorde con unos hechos y elementos materiales probatorios acreditados, pues sólo de allí se puede saber qué es lo que se negocia.

En resumen el preacuerdo se improbará en atención a que, como viene de verse, se reconoció una doble rebaja compensatoria al acusado, al retirar el agravante y, además, degradar su participación a la de cómplice.

Como consecuencia de lo anterior, se dispondrá la devolución del preacuerdo, sus anexos y elementos materiales probatorios allegados con ocasión del mismo a la fiscalía, en atención a que improbado, este no funge como acusación, tal y como lo ha dispuesto la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, así:

“El primero, {hablando de los preacuerdos} el que puede desarrollarse antes del llamamiento a juicio con fundamento en los cargos contenidos en la imputación, tiene como límite temporal la presentación del escrito de acusación, dado que la segunda modalidad de acercamientos lo son pero alrededor del contenido de la acusación, a tal punto que los dos numerales del artículo transcrito precisan los aspectos que son susceptibles de negociación entre fiscalía y acusado.”

(...)

“Dicho de otro modo, precisamente como no hubo un acuerdo exitoso es que la Fiscalía presenta escrito de acusación.

“Ahora bien, conviene puntualizar que la parte final del primer inciso del multicitado artículo 350 cuando señala “Obtenido el preacuerdo el fiscal lo presentará ante el juez de conocimiento como escrito de acusación” tiene aplicación pero sólo para efectos de congruencia, en tanto es a partir de las declaraciones contenidas en él que el juez dictará la correspondiente sentencia.

“El escrito en que se recoge el alcance y precisiones del preacuerdo es el presupuesto de congruencia para proferir sentencia condenatoria, en el evento de ser exitoso, esto es, si finalmente resulta avalado por el juez. Por el contrario, el escrito fracasado no tiene ningún alcance distinto al de ser la evidencia de un intento fallido de acuerdo.

“De manera que no se le puede otorgar al escrito de un preacuerdo no aprobado, alcance de escrito de acusación como lo pretenden las partes, (...)”⁵

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO NOVENO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO** de esta ciudad,

RESUELVE:

PRIMERO: NO IMPARTIR APROBACIÓN al preacuerdo anunciado en los vistos de esta providencia.

SEGUNDO: INDICAR que contra esta decisión, la cual se notifica en estrados, proceden los recursos de ley.

TERCERO: DEVOLVER el preacuerdo y los elementos materiales probatorios al delegado del ente acusador.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


XIMENA VIDAL PERDOMO
Juez

⁵ Auto del 4 de mayo de 2011, radicado 36210, M. P. José Leónidas Bustos Martínez.