



## **SALA PENAL**

*Medellín, martes (25) de agosto de dos mil veinte (2020)*

*Aprobado en la fecha, acta N° 64*

*Radicado N° 05-001-60-00000-2020-00282*

*Interlocutorio de Segunda Instancia N° 32*

*Delitos: Concierto para delinquir agravado y secuestro extorsivo agravado*

*Acusado: Jorge Mario Hincapié Arenas*

*Magistrado Ponente: César Augusto Rengifo Cuello*

*Lectura: viernes 28 de agosto de 2020. Hora: 11:00 a.m.*

*Procede esta Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el representante de la Fiscalía y el abogado defensor del procesado JORGE MARIO HINCAPIÉ ARENAS, en contra de la decisión interlocutoria adoptada en audiencia virtual celebrada el 18 de junio de 2020 por la Juez Cuarta Penal del Circuito Especializada de Medellín, improbando el preacuerdo al que llegaron las partes.*

### **ACONTECER FÁCTICO**

*Conforme lo da a conocer la Fiscalía, el sustrato fáctico en este caso se contrae a las investigaciones que permitieron identificar desde febrero de 2017 la existencia de una organización criminal denominada “La Libertad”, dedicada al “tráfico de*

estupefacientes, desplazamientos forzados, homicidios, porte de armas de fuego, amenazas, secuestros, hurtos de motocicletas y constreñimientos ilegales, así como a la extorsión de comerciantes, transportadores y habitantes de los barrios 13 de Noviembre, Los Mangos, Golondrinas, Enciso, El Pinar, Manzanares, LLanaditas, Villatina, pertenecientes a la Comuna Ocho de la ciudad de Medellín, de cuya estructura jerárquica hacían parte los líderes o cabecillas conocidos con los alias de “EL PARACO, EL SOLDADO, TOÑO, TAZ y EL SOBRI”, y en rangos inferiores, entre otros, se ubicaban los alias de “CRISTIAN, PEINADO, MUELAS, WASA, CAMARADA, PABLITO, PELOS, CORTICO, PEPE, EL CABE, TITI”, así como el aquí procesado JORGE MARIO HINCAPIE ARENAS, conocido con el mote de “LA RATA”.

Fue así como alias “EL PARACO” y “EL SOLDADO” en compañía de otros miembros de la cofradía, ingresaron el 5 de febrero de 2019 a la vivienda del señor FRANCISCO ANTONIO GARCÍA BARRIENTOS, vecino del barrio 13 de Noviembre, a quien ataron a una silla y agredieron físicamente, además de amenazarlo de muerte junto a su hermano EMILIO ALBERTO GARCÍA BARRIENTOS, a quien contactaron telefónicamente, exigiendo varios millones de pesos a cambio de la liberación del plagiado a quien trasladaron hasta un inmueble contiguo en donde estuvo retenido durante aquella calenda, permitiendo que regresara a su casa luego de llegar a un acuerdo de pago con alias “EL PARACO”, quien dispuso que varios hombres, entre los que se encontraba alias “LA RATA”, continuaron con su custodia apostados en sitios cercanos a la vivienda de la víctima.

Finalmente, el 6 de febrero de 2019 GARCÍA BARRIENTOS logra huir del sector sin cancelar el dinero exigido por la organización ilegal, gracias a que algunos familiares dieron aviso a las autoridades de policía, cuyos efectivos lo acompañaron mientras salía desplazado de la zona con su hermana MARIA ALEXANDRA GARCÍA

*BARRIENTOS y su pareja sentimental ANGIE YULIANA MARTÍNEZ CÓRDOBA, quien se encontraba en estado de gravidez.*

*Cabe señalar que posteriores indagaciones dan cuenta de nuevas amenazas por parte de la organización criminal en virtud de la denuncia de los hechos por parte del plagiado, cuyo sitio de residencia se reservan sus familiares por seguridad.*

### **ACTUACIÓN PROCESAL**

*1.- El 7 de febrero de 2020 se legalizó la captura de JORGE MARIO HINCAPIE ARENAS ante el Juez Once Penal Municipal de Medellín con Funciones de Control de Garantías, imputándole la Fiscalía el delito de concierto para delinquir consagrado en el art. 340, inc. 2º del Código Penal. Modificado por la Ley 890 de 2004, art. 14. Modificado Ley 1908/18, art. 5º, **en calidad de coautor**, art. 29 del C. Penal, cometido a su vez en concurso con secuestro extorsivo agravado, art. 169 ibíd. Modificado, Ley 733/02, art. 2º. Modificado, Ley 1200/08, art. 1º, y art. 170 numerales 2º y 6º del C. Penal (por someter a la víctima a tortura física) y (por presionar la entrega o verificación de lo exigido con amenaza de muerte o lesión...) respectivamente. Modificado, Ley 733/02, art. 3º. Modificado, Ley 890/04, art. 14, con la atenuante del art. 171 del C. Penal, (por dejar voluntariamente en libertad a la víctima dentro de los 15 días siguientes al secuestro, sin que su hubiere obtenido alguno de los fines previstos para el secuestro extorsivo); **este último delito le fue imputado en calidad de cómplice**, art. 30 ibíd., sin aceptación de cargos. A solicitud del ente persecutor se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.*

*2.- Posteriormente la Fiscalía radicó escrito de acusación con fecha 10 de marzo de 2020, sin variaciones a la imputación fáctica y jurídica, correspondiéndole el*

conocimiento del asunto a la Juez Cuarta Penal del Circuito Especializada de Medellín, ante quien en audiencia virtual celebrada el 18 de mayo de 2020, la Fiscalía insistió en que la imputación inicial no sufría variaciones, presentando un preacuerdo logrado entre el órgano acusador y el imputado debidamente asesorado por su defensa técnica, el cual consistente en que se pacta una pena de 9 años de prisión y una multa de 3950 smlmv, sin rebajas de penas, reconocimiento de subrogados penales o mecanismos sustitutos por expresa prohibición legal, acorde a lo contemplado en la ley 1121/06, art. 26, entre otros, para delitos de secuestro extorsivo y conexos.

Términos del consenso que en su criterio consultan la legalidad, en tanto se parte de la pena mínima prevista para el delito de concierto para delinquir agravado consagrada en el art. 340, inc. 2º del C. Penal, es decir, de 8 años de prisión y multa 2.700 smlmv, habida cuenta que dicha ilicitud se le enrostra al procesado en calidad de autor, mientras que el delito de secuestro extorsivo se le imputa como cómplice, a que de los hechos jurídicamente relevantes se extracta que el agente tuvo una participación accesorio en el desarrollo del secuestro extorsivo, ejerciendo la vigilancia de la víctima en el sector aledaño a su vivienda, es decir, de forma indirecta; a lo que se suma, de un lado, la inaplicación del aumento punitivo de la ley 890/04 conforme a la jurisprudencia especializada y no como un beneficio en virtud del preacuerdo, y, de otra parte, el reconocimiento de la atemperante del art. 171 del C. Penal, como un derecho, pues la víctima fue dejada en libertad dentro de los 15 días siguientes al secuestro sin que los captores alcanzaran la finalidad propuesta, por lo que de aprobarse los términos del preacuerdo, en aplicación de la teoría de los concursos, a las penas señaladas se les aumentaría 12 meses de prisión y 1250 smlmv de multa por el delito contra la libertad individual y el patrimonio económico.

*3.- Continuando con la audiencia virtual de verificación de preacuerdo, el 18 de junio de 2020 el despacho de primera instancia deja las constancias de rigor en cuanto a la inasistencia de la víctima a la audiencia, considerando que en virtud a que sus derechos han sido respetados el trámite puede proseguir sin su presencia.*

*4.- Por su parte la representante del Ministerio Público esgrime que tras analizar los elementos materiales probatorios no encuentra que se mencione al acusado como uno de los individuos que ingresó al inmueble de la víctima, o que hiciera parte del grupo que lo trasladó a otra edificación en donde permaneció retenido durante aquel 5 de febrero de 2019; tan solo se lo mencionó en diligencia de reconocimiento fotográfico por la víctima, quien indica que estuvo presente el día de su secuestro y le ofreció comida; por ende, no tiene reparo frente a la calificación de su participación en el delito de secuestro como cómplice, más se encuentra en desacuerdo con el reconocimiento de la atemperante del art. 171 del C. Penal, pues sostiene que al plagiado se lo dejó en libertad para que obtuviera el dinero que le exigía sus captores, en un caso que considera sumamente grave, mediado por la tortora del pasivo de la criminalidad, quien finalmente se vio obligado a salir desplazado del territorio junto a su familia.*

*En síntesis, la delegada del Procurador General de la Nación considera que los términos del consenso desprestigian la administración de justicia y en consecuencia el acuerdo no debe recibir el aval de la judicatura.*

*5.- Escuchadas las razones que se esgrimen a favor y en contra del consenso, la a quo lo imprueba al considerar que aunque no se reconocen rebajas o beneficios respetando la expresa prohibición de la ley 1121/06, la situación del procesado sufre una mejoría sustancial con la inaplicación del aumento de pena que contempla la ley 890/04, y que en su criterio solo procede vía allanamiento o preacuerdo, no así*

*en terminaciones ordinarias; no obstante, el reconocimiento de una situación que no se corresponde con lo fáctico, es decir, la forma en que se atribuyen los hechos, concretamente lo que hace a la atenuante del art. 171 del C. Penal, habilita el control material que de manera excepcional y acorde a la jurisprudencia puede realizar el juez sobre la calificación jurídica de los eventos sub iudice, pues en todo caso estos deben contar con respaldo probatorio.*

*Por ello, en criterio de la funcionaria, si el juez de conocimiento observa, como en este caso, que se busca beneficiar al signante del acuerdo con una imputación que es ajena a la legalidad o realidad que develan los elementos materiales probatorios, procede el mencionado control material de esa específica calificación jurídica efectuada por el ente persecutor.*

*Y es que en criterio de la juez singular cabe preguntarse hasta qué punto el acusado, de quien se ha dicho pertenece a un grupo criminal dedicado, entre otras actividades, a secuestrar personas, solo actuó como cómplice en el caso de la víctima GARCÍA BARRIENTOS, a pesar de que este permaneció bajo vigilancia durante los diferentes momentos del plagio, y solo cuando se le permite regresar a su vivienda para conseguir el dinero, tiene cierta libertad de locomoción, logrando finalmente huir de la zona gracias a la presencia policial alertada por algunos familiares.*

*No se entiende cómo dentro de dicho contexto puede alegarse que quien hace parte activa de la organización criminal se limitó simplemente a favorecer un hecho ajeno, es decir, actuó como cómplice, sin que la razón de ser de dicha calificación jurídica pueda ser la escasa información que se tiene al respecto, en tanto la Fiscalía ha podido desplegar actos de investigación tendientes a esclarecimiento de los hechos, concretamente si la participación del sujeto activo en el secuestro se limitó a la de*

*un cómplice, o simplemente desarrolló como los demás coautores las tareas asignadas por la organización criminal que tiene entre sus finalidades la de secuestrar.*

*Aceptando en gracia de discusión que el anterior aspecto puede ser objeto de debate, la funcionaria señala que tal como lo enseña la jurisprudencia, para que opere el reconocimiento de la atenuante del art. 171 del C. Penal, la libertad de la víctima se debe originar en un acto espontáneo de los captores que equivale a la renuncia, a un desistimiento de las finalidades perseguidas con el plagio, sin que este sea el caso, en tanto se lo dejó regresar a su casa para que consiguiera el monto de la exigencia ilegal, siempre bajo custodia de miembros de la organización ilegal; a lo que se suma que algunas personas identifican al procesado como integrante de la organización delincuencia, y lo ubican desarrollando diferentes actividades criminales como administrador de una plaza de vicio, cobrando dineros ilegales a nombre de la cofradía, etc.*

*De otra parte, algunos familiares que estuvieron presentes en el momento del rapto, lograron observar cuando el plagiado era golpeado en ese inicial momento, dando cuenta además del hurto de algunos teléfonos celulares de los allí presente por parte de los victimarios.*

*En síntesis, para la judicatura de primer grado se cumple con el mínimo de tipicidad exigido en estos casos, en tanto el trámite cuenta con elementos para emitir sentencia de condena en contra del acusado, no obstante, el reproche en torno a la complicidad y la circunstancia atemperante analizada impiden avalar la forma de terminación anticipada elegida en esta oportunidad por las partes.*

6.- La anterior decisión dejó inconforme a la Fiscalía y la defensa del procesado, quienes interponen el recurso vertical de apelación el cual sustentan en el acto de y manera oral.

### **DEL RECURSO DE APELACIÓN**

1.- El representante de la Fiscalía manifiesta no estar de acuerdo con la decisión proferida por la a-quo, reclamando su revocatoria y la aprobación de los términos de la negociación surtida entre las partes, esgrimiendo para el efecto que la tipificación de los hechos no vulnera garantías fundamentales, trayendo a colación los elementos materiales con vocación probatoria tenidos en cuenta para imputar, acusar y preacordar por los delitos enrostrados al procesado; entre estos, denuncias, declaraciones, entrevistas, reconocimientos fotográficos, cuyo detenido análisis, afirma, impide endilgarle al agente el dominio de la retención, por tanto, su participación a título de coautor en el secuestro extorsivo objeto de investigación, en la que solo se lo menciona en una oportunidad por la víctima ofreciéndole alimentos que esta rechazó.

Frente a la atenuante del art. 171 del C. Penal, considera que se configura en este caso; siendo a partir de la liberación que el plagiado logra comunicarse con la policía y salir desplazado del barrio en el que habitaba junto a su familia. De ahí que su reconocimiento en el evento de la especie se erige como garantía de la estricta tipicidad y legalidad, a lo que se suma que tal como lo tiene discernido la jurisprudencia especializada, por regla general la calificación jurídica de los hechos no puede ser objeto de control material del juez, salvo que se vulneren derechos fundamentales.

*En conclusión, sostiene el delegado que el preacuerdo se ajusta a la legalidad, y que contrario a lo que entiende la primera instancia no se está reconociendo ningún beneficio con el mismo. Por lo tanto, solicita que se revoque la decisión apelada y en su lugar se aprueben los términos del consenso.*

*2.- La defensa del procesado reclama igualmente la revocatoria de la improbación del preacuerdo celebrado con la Fiscalía, coincidiendo en lo esencial con los argumentos expuestos por el otro impugnante, fundamentalmente en lo que a la adecuación típica se refiere, en tanto acto de parte que no puede ser objeto de control material por el juez. De otra parte, señala que la función del fallador debe limitarse a verificar la legalidad del acuerdo, insistiendo en que su prohijado no tuvo dominio del secuestro; solo aparece ofreciéndole algunos alimentos a la víctima, siendo evidente que su participación fue mínima, mientras que a otros individuos se los menciona como autores del delito de secuestro extorsivo.*

*En lo que hace a posibles reconocimientos vía preacuerdo, de un lado, alega que no se está otorgando un doble beneficio, pues existe jurisprudencia que permite inaplicar el aumento de la ley 890/04 en este tipo de caso, y, de otro, que la atemperante del art. 171 del C. Penal por dejar en libertad a la víctima de secuestro extorsivo dentro de los 15 días siguientes al plagio, comporta el reconocimiento de un derecho en el caso bajo escrutinio y no un beneficio en virtud del acuerdo.*

*Estas, en síntesis, las razones para solicitar la revocatoria de la decisión apelada.*

### **INTERVENCIÓN COMO NO RECURRENTE**

*La representante del Ministerio Público considera que la a quo procedió a constatar los requisitos mínimos para la aprobación del consenso, no lo controló*

*materialmente, señalando que en este caso la Fiscalía reconoce un beneficio prohibido por la ley como lo es la circunstancia prevista en el art. 171 del C. Penal, haciendo caso omiso a que la víctima continuó secuestrado en su vivienda para que obtuviera el dinero de la extorsión, y que fueron sus familiares quienes lograron salir de la casa, quienes contactaron finalmente a la policía, de forma que el consenso deviene ilegal y en consecuencia no puede recibir el aval de la judicatura.*

### **CONSIDERACIONES EN ORDEN A PROVEER**

*A la luz de lo normado en el numeral 1° del artículo 33 de la Ley 906 de 2004, es esta Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín la competente para decidir el recurso de alzada interpuesto por las partes.*

*Vistos los argumentos que esgrimen tanto los censores como el sujeto procesal no recurrente, así como los planteamientos de la primera instancia para decidir, observa la Sala que el problema jurídico que en esta oportunidad se le plantea no es otro distinto a determinar si el acuerdo presentado a consideración de la judicatura se ajusta a la legalidad, y respeta las garantías y los derechos fundamentales.*

*Con el propósito de dilucidar la temática expuesta, considera este cuerpo colegiado que conviene referirse a la figura de los preacuerdos, así como al control que pueden ejercer los jueces frente a esta forma de terminación anticipada del proceso, las modalidades que puede presentar esta figura, lo que hace al proceso de delimitación de las hipótesis factuales y la calificación jurídica de los hechos en desarrollo del proceso penal de corte adversarial reglamentado mediante la ley 906/04, y el principio de legalidad como límite infranqueable en materia de*

*preacuerdos, para descender en el análisis del caso bajo escrutinio y su solución con base en las reglas relevantes para tal efecto.*

*En orden metodológico, vale recordar, y en ello la Sala ha tenido la oportunidad de reflexionar en oportunidades anteriores, que acorde a la arquitectura del modelo de procesamiento penal implantado tras la expedición del Acto Legislativo 03 de 2002, dicho sistema concuerda con uno de tendencia acusatoria en el que el proceso penal alcanza su máxima expresión como garantía ciudadana al agotar cada una de sus etapas en un juicio público, abierto y oral, en el que las partes puedan ejercer el contradictorio y la confrontación con inmediación de la prueba y en igualdad de armas ante un tercero imparcial a quien le corresponde emitir una decisión de fondo, que tras superar cada uno de los estadios del proceso se presume justa, acertada y legal.*

*Sin embargo, es bien sabido que la terminación de la mayoría de los procesos penales por la vía ordinaria, es decir, mediante la emisión de sentencia tras un juicio oral que se desarrolle en la totalidad de sus fases o etapas estructurales, encuentra dificultades insalvables frente a la aplicación de los principios de economía procesal, eficiencia de la justicia y celeridad en los trámites, pilares de una administración de justicia célere y pronta.*

*En otras palabras, la terminación ordinaria de los procesos se erige como una loable aspiración de la más comprometida agenda garantista del derecho penal que lejos está de materializarse, en razón a que el sistema de justicia crece en exigencias que superan el actual aparato investigativo y judicial; por manera que con miras a lograr una administración de justicia ágil, no cabe duda que el legislador importó figuras propias de la justicia premial con la intención de lograr la terminación anticipada de la actuación penal y procurar así una administración con altos estándares de eficiencia.*

*De esta naturaleza participa el instituto de la terminación preacordada del proceso mediante preacuerdos y negociaciones.*

*Concretamente, la figura de los preacuerdos fue prevista a su vez bajo ciertas finalidades específicas, art. 348 de la ley 906/04, a saber, la de humanizar la actuación procesal y la pena, obtener pronta y cumplida justicia, activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito, propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados por la criminalidad y lograr la participación del imputado en la definición de su caso, bajo un esquema de mutuas renunciaciones en el que acorde al inc. 2º del mencionado dispositivo legal, el funcionario que celebre el acuerdo se encuentra en la obligación de observar las directivas de la Fiscalía General de la Nación frente a esta clase de figuras, así como las pautas trazadas como norte en materia de política criminal a fin de aprestar la justicia y evitar su cuestionamiento (art. 348 de la ley 906/04).*

*Bajo la dialéctica descrita, de negociaciones que incluyen mutuas concesiones o renunciaciones, es claro entonces que el fiscal y el procesado con la debida asesoría de su defensor pueden adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo en el que el imputado o acusado se declarará culpable del delito enrostrado, o de uno relacionado y sancionado con pena menor, renunciando a su derecho a guardar silencio, y a un juicio público con el pleno de garantías (procesales y sustanciales) a cambio de que la Fiscalía: a) elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico, b) tipifique la conducta dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena (art. 350 ibíd.), y como titular de la acción penal, renuncie a la persecución punitiva plena.*

*Adicionalmente, según los incisos segundo y cuarto del art. 351 de la obra instrumental penal, también podrán el fiscal y el imputado llegar a un preacuerdo*

*sobre los hechos imputados y sus consecuencias, lo que obliga al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales, pues si bien: “No existe previsión legislativa con carácter de mandato –imposición- al juez para que apruebe o impruebe los preacuerdos... al contrario, lo que la ley dice es que los preacuerdos obligan al juez de conocimiento salvo que ellos desconozcan o quebranten garantías fundamentales (Art. 351 inciso cuarto)”.*

*Conectado con lo dicho en precedencia, se ha reiterado que el control judicial que debe realizar el juez de conocimiento frente al preacuerdo no se satisface con una simple revisión formal, al constatar la voluntad y libertad con la que el procesado acepta los términos del consenso, pues como garante y protector del debido proceso, su análisis debe ir más allá, agotando un estudio más profundo y omnicomprendivo en el que se logre verificar que se preservaron las garantías fundamentales, dentro de las cuales obviamente se encuentran, entre otras, el respeto del principio de legalidad, estricta tipicidad y, en general, del debido proceso.*

*Queda claro entonces que frente a las formas de terminación anticipada de la actuación, y en particular en casos de responsabilidad preacordada, le asiste al fallador la obligación de determinar si los términos de ese pacto logrado entre la Fiscalía y el imputado o acusado, con la asesoría de su defensa técnica, debidamente informado y asesorado, respetan la legalidad y no vulneren garantías fundamentales, tal como lo tiene discernido de manera pacífica la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.*

*Y es que el ejercicio del control judicial que dentro del trámite de verificación de los preacuerdos y negociaciones adelanta el juez es una clara expresión del principio*

*de jurisdiccionalidad procesal, que a su vez se encuentra conectado con el de estricta legalidad de los delitos y de las penas.*

*Parafraseando al máximo tribunal de cierre de la jurisdicción ordinaria, este último principio “se encuentra integrado con los axiomas nulla lex poenalis sine necesítate, sine iniuria, sine actione, sine culpa, sine indicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione, no sólo está relacionado con una reserva absoluta de la norma penal y su contenido sustancial, sino también “implica todas las demás garantías – de la materialidad de la acción al juicio contradictorio– como otras tantas condiciones de verificabilidad y de verificación, y forma por ello también el presupuesto de la estricta jurisdiccionalidad del sistema”; línea que concuerda con una conceptualización propia de la teoría del garantismo penal.*

*De ninguna manera se pretende desconocer que en la dinámica procesal penal de la Ley 906 de 2004, actual ley de enjuiciamiento criminal, la Fiscalía cuenta con amplias facultades para adelantar negociaciones y preacuerdos con los imputados o acusados, iteramos, debidamente asesorados por sus defensores, tal como lo vienen aceptando los distintos tribunales en nuestro medio, particularmente por parte de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional.*

*Tampoco se discute que dicha facultad se encuentra asignada al ente persecutor como titular de la acción penal, y que su ejercicio resulta legítimo, siempre y cuando, y en ello se insiste, dichas negociaciones o acuerdos se ciñan a la legalidad, y no comprometan de manera grosea y vulneren garantías fundamentales de quienes en el marco del proceso penal de corte acusatorio, optan libremente por renunciar a la garantía del juicio público y oral, terminando el trámite por la vía de los preacuerdos, los cuales surgen de esta manera a la vida jurídica como obligatorios para sus*

*suscriptores y el funcionario que los aprueba, en lo que también es pacífica la literatura y la jurisprudencia especializada.*

*Huelga significar que dichas garantías se extienden a los demás sujetos procesales e intervinientes especiales, caso concreto de las víctimas, las cuales deben ser informadas y escuchadas tanto por el Fiscal en la celebración del acuerdo como por el juez encargado de su aprobación, sin que ello suponga que puedan constituirse en talanqueras insalvables para la confección de los mismos y el avance del proceso por la senda de la terminación anticipada, pues dicho interviniente especial no cuenta con un poder de veto frente a los preacuerdos, en lo que también es claro el precedente jurisprudencial en la materia.*

*Pues bien, autorizada doctrina y jurisprudencia han identificado en la posibilidad de adelantar preacuerdos o negociaciones uno de los rasgos estructurales, definitorios y característicos del sistema con tendencia acusatoria adoptado tras la promulgación y aprobación del acto legislativo 003 del 2002, el cual introdujo modificaciones al anterior sistema de procesamiento criminal de la Ley 600/00, predominantemente inquisitivo y escritural; figuras por medio de las cuales, a no dudarlo, el legislador privilegia la utilización de este tipo de mecanismos con la pretensión de evitar el connatural desgaste que implica para la administración de justicia el agotar todas las instancias del juicio.*

*No obstante, es necesario que con miras a salvar las dificultades que en nuestro medio ha venido generando la implementación, concreción y uso privilegiado de instituciones jurídicas como la de los preacuerdos, y otras foráneas que privilegian una salida ágil, eficiente y pronta al conflicto generado con el delito, propias de una justicia premial, hoy más que nunca se requiere que la actuación del funcionario en casos de terminación anticipada del trámite no se reduzca a la de un de “simple*

*fedatario”, y como garante del respeto de la Constitución y la ley, vigile que los preacuerdos se sujeten a los límites fijados en el ordenamiento jurídico para su confección.*

*En otras palabras, que en su celebración se respeten los derechos y las garantías fundamentales, siendo de su resorte además examinar que la aceptación de cargos sea el producto de una expresión de culpabilidad libre, consciente, exenta de vicios, debidamente informada y asesorada, y que se compruebe la existencia de un mínimo de prueba que permita inferir razonablemente la materialidad y tipicidad de la conducta imputada, y que su autoría o participación en ella por parte del imputado o acusado deviene nítida, todo lo cual se desprende de los artículos 7, 8° literal i), 10, 131, 293, 327, 351, 368 inciso 1° y 2° y 381 de la Ley 906 de 2004.*

*Únicamente en caso de concurrir una de las referidas circunstancias invalidantes, bien porque así lo advierta el juez en su tarea de depuración, o lo demuestre otro interviniente en el proceso, deberá el funcionario invalidar dicho acto y sus efectos en términos del artículo 457 de la Ley 906 de 2004, pues el juez, se insiste, no es un “simple fedatario o convidado de piedra” en estos casos, y se encuentra obligado a verificar que los preacuerdos se ajusten al debido proceso, particularmente en sus aristas de tipicidad y legalidad de los delitos y las penas.*

*Por lo que viene de verse, surge prístino que el principio de legalidad resulta quebrantado cuando el mínimo de tipicidad no encuentra correspondencia, no se ve reflejada en el sustrato fáctico y los elementos de convicción aportados para soportar el preacuerdo logrado entre las partes.*

*Hechas las anteriores precisiones, vale señalar que, en reciente decisión adoptada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la cual se considera*

referente obligado para analizar el caso sometido a estudio de esta Magistratura, el alto tribunal reflexionó en los siguientes términos sobre el control material de los preacuerdos por parte de los jueces.

*“En las decisiones CSJSP, 11 dic. 2018, Rad. 52311 y CSJSP, 5 jun 2019, Rad. 51007 esta Sala consolidó su línea sobre la imposibilidad de que el juicio de imputación y/o el juicio de acusación atribuido a los fiscales puedan ser objeto de control material por parte de los jueces, lo que eventualmente abarcaría la verificación de los estándares previstos en los artículos 287 y 336, así como la calificación jurídica por la que optó el ente acusador.*

*Se concluyó que en Colombia no se incluyó un control de esa índole para esos actos de parte, sin perjuicio de las labores de dirección que deben realizar los jueces, orientadas a que la Fiscalía cumpla los requisitos formales establecidos por el legislador.*

*En el trámite ordinario, la imposibilidad de controlar materialmente la imputación y la acusación, en el momento en que se realizan esas actividades de la Fiscalía, no afecta de ninguna manera la función de los jueces de verificar, en la sentencia, si los cargos fueron demostrados más allá de duda razonable y si la calificación jurídica se ajusta al principio de legalidad.*

*En la misma línea, en los trámites orientados a la obtención de condenas anticipadas, bien por allanamiento a cargos o en virtud de los acuerdos logrados por la Fiscalía y la defensa, la imposibilidad de controlar materialmente la imputación y la acusación no inhabilita a los juzgadores para verificar los presupuestos legales de la condena, pues ello afectaría la esencia misma de la función jurisdiccional.*

*Lo que sí es claro es que en uno y otro evento (trámite ordinario y condena anticipada) las constataciones que deben realizar los jueces varían sustancialmente, pues, a manera de ejemplo, mientras en el primero impera el estándar de convencimiento más allá de duda razonable, en el segundo se debe verificar la existencia de “un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad”, como lo dispone el artículo 327.*

*Con esta aclaración, la Sala comparte lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia SU479 de 2019 sobre las verificaciones que deben hacer los jueces para la emisión de una condena anticipada, que incluye, entre otras cosas, la constatación de que la Fiscalía sujete su actuación a la Constitución Política, a*

*las normas que regulan este tema en la Ley 906 de 2004 y a las directrices de la Fiscalía General de la Nación.”<sup>1</sup>*

*Debe quedar claro en todo caso que: “la imposibilidad de controlar materialmente la acusación en el trámite ordinario es un tema sustancialmente diferente a las funciones del juez cuando debe evaluar la procedencia de una condena anticipada en virtud de un allanamiento unilateral a cargos o un acuerdo celebrado entre la Fiscalía y la defensa, porque lo primero –la imputación y la acusación- corresponden a una actuación de parte, mientras que la emisión de la sentencia constituye un aspecto medular de la labor jurisdiccional (CSJSP, 11 dic 2018, Rad. 52311).*

*Así, en la jurisprudencia mencionada más arriba, en la que el alto tribunal abordó el tema de los preacuerdos y de la delimitación de las hipótesis factuales y su calificación jurídica que como se sabe se encuentra en cabeza de la Fiscalía, recordó: “Si bien es cierto el juicio oral es el escenario natural para debatir ese tipo de asuntos, también lo es que en las fases previas el Estado debe tomar decisiones relevantes acerca de las hipótesis factuales y su fundamento... Así, es claro que la delimitación de las hipótesis factuales se da a lo largo de toda la actuación, lo que se inicia con la verificación de si los hechos revisten las características de un delito (Art. 250 de la C.P.) y termina con la constatación de si la hipótesis de la acusación se demostró más allá de duda razonable, lo que es de competencia del juez al momento de emitir la sentencia.”<sup>2</sup>*

*De otra forma dicho, lo que en nuestro sentir plantea el alto tribunal es que sin desconocer las amplias facultades que dentro de la arquitectura de la ley 906/04 le son inherentes al Fiscal a la hora de lograr acuerdos con el procesado y su defensa, en todo caso le compete al juez de conocimiento corroborar si el juicio de imputación*

---

<sup>1</sup> CSJ, SP. SP2073-2020, rad. 52.227 (aprobado mediante acta N. 130 del 24 de junio de 2020), M. P. Patricia Salazar Cuellar.

<sup>2</sup> *Ibid.*

y/o acusación efectuado con base en los elementos de convicción allegados al trámite, arrojan como resultado la calificación de los hechos en los términos expuestos por la Fiscalía en el preacuerdo puesto a consideración de la judicatura, sin que pueda perder de vista igualmente que: "... si el juicio de imputación y/o el juicio de acusación arrojan como resultado una hipótesis favorable en algún sentido al procesado... la inclusión de esos aspectos no constituyen un beneficio, sino la sujeción al principio de legalidad."<sup>3</sup>, sin que le sea dable al fiscal inflar la imputación o la acusación para presionar la celebración de acuerdos.

Recapitulando lo analizado en esta subsección, **queda claro entonces que la jurisprudencia tiene acuñado que nuestro ordenamiento jurídico no tiene previsto un control material de la imputación o acusación como actos de parte que son<sup>4</sup>**, postura que resulta consonante con que los rasgos esenciales del principio acusatorio corresponden al ejercicio y mantenimiento de la acusación por un órgano distinto al juez, lo que no significa que en todo caso en los eventos de terminaciones ordinarias o anticipadas del proceso los funcionarios se encuentren inhabilitados para verificar los presupuestos legales de la condena<sup>5</sup>.

Aclarados los puntos anteriores, es preciso entrar a analizar las modalidades que pueden presentar los preacuerdos, simple, con degradación, y con readecuación típica.

Sobre la primera de ellas, esto es, la consagrada en el inc. 1° del art. 350 de la ley 906/04, ha dicho la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia:

---

<sup>3</sup> *Ibíd.*

<sup>4</sup> Aunque excepcionalmente debe ejercer un control material de la acusación frente a actuaciones que de manera grosera y arbitraria comprometan las garantías fundamentales de las partes o intervinientes (fallo de casación CSJ, SP. Del 16 de julio de 2014, rad. 40.871).

<sup>5</sup> CSJ, SP. SP2073-2020, rad. 52.227 (aprobado mediante acta N. 130 del 24 de junio de 2020), M. P. Patricia Salazar Cuellar.

**“3.2.1. Preacuerdo simple.** Preacuerdo conforme a los términos de la imputación, el indiciado se declara culpable del delito imputado (Artículo 350, inciso 1º del C.P.P).

*Las partes del proceso admiten la existencia material del delito, la autoría y la responsabilidad en las condiciones en que se precisaron en la formulación de la imputación, pero se acuerda la cantidad de rebaja de pena que habrá de hacerse a la sanción impuesta, dada la fase procesal en que ese convenio se presente, además puede o no tener por objeto la negociación de subrogados o sustitutos penales.*

*En este caso el juez deberá condenar por el delito aceptado por el procesado, que se reitera, no es otro que el formulado en la audiencia de imputación.”<sup>6</sup>*

*En cuanto a la segunda modalidad, dispuesta en el mencionado canon 350 ibíd.:*

**“3.2.2. Preacuerdo con degradación.** Preacuerdo en el que el indiciado o procesado se declara culpable pero con eliminación de una causal de agravación punitiva o algún cargo específico.

*Esta forma de preacordar está fijada en el inciso segundo del artículo 350 ídem, parte del supuesto que el Fiscal y el procesado aceptan que éste último se declara culpable del delito o los ilícitos que se le atribuyeron en la audiencia preliminar o, en su caso y de haber ocurrido, por el o los reatos señalados en la audiencia que se adicionó en la imputación, o acepte responsabilidad bajo la condición que se elimine el cargo por uno de los atribuidos.*

*El beneficio debe consistir en la menor pena que represente por la eliminación de una agravante o un “cargo específico” (numeral 1º ídem).*

*La tipicidad que resulta del negocio jurídico en la modalidad de eliminación de una agravante no implica al menos la modificación de la adecuación del comportamiento en el tipo básico conforme al cargo jurídicamente atribuido en la audiencia de imputación, hay solamente una degradación por razón de una circunstancia fáctica, personal, modal, de tiempo, lugar o cantidad, grado de participación o forma de culpabilidad que incide en la pena, tal sería el caso en el que se acepta responsabilidad por un hurto simple cuando venía siendo indiciado o acusado por un hurto calificado, o se atenúa la participación de autor a cómplice, o la forma de conducta de dolosa a culposa, cuando la naturaleza del reato típicamente lo admite, entre otras eventualidades.*

*En cambio, cuando el negocio jurídico consiste en la eliminación de un cargo, se parte de la base que se han imputado varias ilicitudes y la eliminación no de todas sino de una o*

---

<sup>6</sup> Salvamento de voto Magistrado Eugenio Fernández Carlier, Sentencia del 24 de febrero de 2016, SP2168- Rdo. 45736, M. P. Eyder Patiño Cabrera.

*algunas de estas constituye el pacto, por tanto se acepta culpabilidad por los demás reatos que el convenio no suprimió pero que sí fueron registrados como imputación jurídica en la audiencia preliminar.*

*El juez deberá condenar por el delito imputado, el texto legal así lo indica, “el imputado se declarará culpable del delito imputado”, pero se debe imponer por razón del preacuerdo la pena que corresponda al cambio aceptado por la fiscalía, la que surja como consecuencia de la eliminación de una agravante o cargo específico, la que es representativa de una degradación.”<sup>7</sup>*

*Finalmente, la norma en cuestión consagra una tercera forma de preacuerdos:*

*“3.2.3. Preacuerdo con readecuación típica. Preacuerdo en el que el indiciado o procesado se declara culpable de un delito relacionado con el imputado pero de pena menor, es la modalidad de preacuerdo con readecuación típica de la conducta.*

*Esta modalidad de negociación está prevista en el inciso segundo del artículo 350 del C.P.P. Está condicionado el convenio a que la ilicitud por la que acepta responsabilidad el procesado no es exactamente la misma que se le atribuyó en la imputación conforme a la estricta tipicidad, sino una que no puede ser sustancialmente diferente o ajena al núcleo fáctico (como mutar una imputación de homicidio por hurto), tiene que estar necesariamente “relacionada” con el supuesto de hecho esencial o la conducta óptica y que tenga “pena menor” (ante un cargo por tentativa de homicidio aceptar lesiones personales, o frente a un peculado por apropiación admitir un abuso de confianza calificado), caso en el cual la readecuación consiste en que la acción o la omisión se “tipifique” de “una forma específica con miras a disminuir la pena”, lo que implica una tipicidad básica o especial diferente a la estimada en la imputación.*

*El juez según el texto legal examinado debe condenar por el delito que corresponda a la tipicidad readecuada y no por el imputado, pues se indica que “el imputado se declarará culpable..., de uno relacionado de pena menor”, debiendo imponer la pena que corresponde a la ilicitud acordada.”<sup>8</sup>*

*Adicionalmente, como ya se dijo más arriba, acorde a los incisos 2º y 4º del art. 351 de la ley 906/04, también podrán el fiscal y el imputado llegar a un preacuerdo sobre*

---

<sup>7</sup> *Ibíd.*

<sup>8</sup> *Ibíd.*

*los hechos imputados y sus consecuencias, lo que obliga al juez de conocimiento, salvo que desconozcan o quebranten las garantías fundamentales.*

*En el caso en comento, el preacuerdo entre el Fiscal y el procesado, sólo conlleva la aceptación de los cargos que han sido el objeto de la imputación y acusación, sin ningún tipo de modificación de la calificación jurídica o condiciones de los mismos que resulte más favorable para el enjuiciado, a la vez que se pacta por las partes la pena a imponer en la mínima procedente, sin rebaja alguna, es decir con respeto del principio de legalidad, con lo cual se obliga al juez a respetar la misma, sin que pueda aumentarla en atención a la gravedad de las conductas cometidas, y menos aún, hacer control material sobre la imputación y/o acusación.*

*Bajo las premisas vistas, en atención a lo analizado en apartados anteriores de este proveído y descendiendo nuevamente en el caso de autos, no cabe duda en cuanto a que la vía elegida para la terminación anticipada del proceso mediante un preacuerdo simple no genera mayor reproche, en la medida en que se respeta la expresa prohibición de conceder beneficios y subrogados penales del art. 26 de la ley 1121/06, y que en el caso de la especie se hace extensivo al delito de concierto para delinquir dada la conexidad sustancial con el reato de secuestro extorsivo; norma prohibitiva que a su vez se aplica en casos de allanamientos y preacuerdos, y que a su letra reza:*

**“ARTÍCULO 26. EXCLUSIÓN DE BENEFICIOS Y SUBROGADOS.** *Cuando se trate de delitos de terrorismo, financiación de terrorismo, **secuestro extorsivo**, extorsión y conexos, no procederán las rebajas de pena por sentencia anticipada y confesión, ni se concederán subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad de condena de ejecución condicional o suspensión condicional de ejecución de la pena, o libertad condicional. Tampoco a la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, ni habrá lugar ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo,*

*salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea eficaz.”*

*Tampoco genera reparos la inaplicación del incremento punitivo contemplado en la ley 890/04, el cual, ha interpretado la jurisprudencia, resulta inoponible en aquellos casos en que se prohíbe la rebaja de pena por negociaciones y preacuerdos de conformidad con lo dispuesto en el art. 26 de la ley 1121/04, tal como ocurre en el caso de la especie, indicando el alto tribunal que: “Imprescindible es precisar que la Corte, en sentencia del 7 de febrero de 2013 (casación 33.254), acogió mayoritariamente la tesis de que cuando el procesado se allana a cargos o realiza acuerdos con la fiscalía, y no le son concedidos beneficios punitivos en virtud de las prohibiciones contenidas en el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, debe prescindirse de la aplicación del incremento general punitivo previsto en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.”<sup>9</sup>*

*Las dificultades entonces que considera insalvable la judicatura de primer grado recaen sobre el proceso de delimitación de las hipótesis factuales y su calificación jurídica, aspectos vacilares del debate sobre los que se ciernen serios reparos, a su vez, para la aprobación del preacuerdo logrado entre la Fiscalía, el acusado y su defensa, lo que se conecta con las reflexiones de la jurisprudencia de la máxima corporación de la justicia ordinaria, según la cual, la experiencia judicial deja entrever que la asimilación del control material a la acusación y la verificación de los presupuestos para una sentencia, bien sea los que correspondan al trámite ordinario o al anticipado, ha generado confusión sobre la manera como interactúan los fiscales y los jueces en el sistema de enjuiciamiento criminal regulado en la Ley 906 de 2004.*

---

<sup>9</sup> CSJ, SP. Sentencia del 30 de abril de 2014, radicado SP5197-2014, 41.157, M. P. Fernando Alberto Castro Caballero.

*De ahí que considere necesario la Sala señalar que al igual que para la primera instancia, para este cuerpo colegiado la participación del agente en el delito de secuestro extorsivo a título de cómplice resulta problemática, en tanto la experiencia judicial enseña que en este tipo de casos es normal que los hechos típicos sean realizados comunitariamente y con división de trabajo por los integrantes del grupo criminal que los asumen como propios, aunque la intervención de cada uno, tomada en forma separada no se adecue por sí misma al tipo, tal como lo explica el maestro Alfonso Reyes Echandía al abordar el tema de la coautoría impropia, que en palabras de Maurach equivale a: “el cooperar querido, consciente y con división de trabajo, de varios autores para la consecución del resultado típico”<sup>10</sup>.*

*De otra manera dicho, las diversas actividades ejecutadas por los coparticipes confluyen y convergen hacia un mismo resultado, hacen parte de una empresa común de la cual deben dar cuenta las probanzas aportadas al trámite.*

*En este sentido las labores investigativas permitieron identificar que el procesado hacía parte de la organización criminal dedicada, entre otros, a secuestrar personas, como ocurrió con el señor FRANCISCO ANTONIO GARCÍA BARRIENTOS en el caso presente, ubicándolo en la escena de los hechos.*

*Como puede colegirse fácilmente, aunque la naturaleza y grado de participación sin lugar a dudas varían atendidas las circunstancias fácticas, en el caso del agente es claro que se encontraba encargado de custodiar al plagiado junto a otros integrantes del grupo criminal, e incluso podría deducirse que de suministrarle alimentos, sin que de ello se siga que se altere la esencia del fenómeno delictual analizado, y que*

---

<sup>10</sup> REYES ECHANDÍA, Alfonso. *Derecho Penal, Undécima Edición*, Bogotá-Colombia, Ed. Temis, 2017, pág. 136.

*en el caso de autos los sujetos activos como el prenombrado no deban responder como coautores del delito en comento, acorde, se insiste, al concepto de coautoría impropia analizado someramente en cuartillas anteriores de este proveído, y sobre el cual no se realizarán mayores reflexiones por cuanto para la Sala es claro que en las circunstancias vistas, es decir, mediante el mínimo de tipicidad exigido en esta instancia procesal, el delito de secuestro extorsivo se erige en conducta punible autónoma que concurre con el punible de concierto para delinquir agravado, cometidos por el procesado en calidad de coautor, sin perjuicio de que se pueda demostrar una cosa diferente en desarrollo de hipotéticos y ulteriores trámites, es decir, en caso de acudir a la terminación ordinaria del trámite, en atención a que en desarrollo del proceso penal la construcción de la verdad tiene un carácter progresivo.*

*Por manera que superados los prolegómenos vistos, surge evidente que las dificultades en este concreto caso gravitan sobre la calificación jurídica de los hechos introducida desde la formulación de imputación y refrendada en la acusación por la Fiscalía, refulgiendo evidente los yerros en que incurre el ente persecutor al reconocer la calidad de cómplice del acusado en el delito de secuestro extorsivo, en contravía, precisamente, de lo que devela el sustrato fáctico puesto de presente por la misma Fiscalía y del tratamiento dogmático de las categorías de la autoría y la complicidad, a lo que se suma la indebida aplicación de la atemperante del art. 171 del C. Penal, siendo preciso ocuparnos a continuación de la consagración de la figura delictiva recogida bajo el nomen iuris de secuestro extorsivo con miras a esclarecer este último aspecto.*

*“De tiempo a atrás la jurisprudencia ha sostenido que «siempre que la presión se ejerza a través de la privación de la libertad del agredido se incurre en secuestro. Si el método de coacción no es la retención de la persona y el propósito del delincuente es obtener provecho, utilidad o beneficio ilícitos, se habrá hecho corresponder el comportamiento con la descripción prevista para la extorsión. En*

*los demás casos en que se constriña a otro a hacer, tolerar u omitir alguna cosa, cuando la conducta no sea secuestro, extorsión, desplazamiento forzado o tortura, se configura el tipo subsidiario de constreñimiento ilegal.» (CSJ, SP 9 dic. 2010, rad. 32506)*

*Y en CSJ AP, 9 oct. 2013, rad. 42431, reiterando lo dicho en CSJ SP 29 sep. 2010, rad. 29174, se indicó que «en el secuestro en cualquiera de sus modalidades típicas (arrebato, sustracción, retención u ocultamiento), el retenido no puede circular libremente porque sus captores lo someten y disponen de medidas que le impiden movilizarse de acuerdo con su libre voluntad, resulta irrelevante no solo el término que dure la privación de la locomoción, sino también la forma, violenta o no, en que fue llevado a ellos»*

*Concretamente, frente al delito de secuestro extorsivo, en más reciente decisión (CSJ SP 25 may 2015, rad. 44287), se sostuvo que «El delito de secuestro protege la libertad individual en su sentido básico, que involucra privar a otro del derecho de locomoción, esto es, de aquella posibilidad de disponer según su voluntad del lugar en el que quiere permanecer o ir; los verbos rectores alternativos corresponden a arrebatar (quitar, apoderar, desposeer, arrancar), sustraer (raptar, despojar, escamotear, tomar), retener (estancar, inmovilizar, detener, paralizar), u ocultar (esconder, tapar, enmascarar) a una persona, con el ingrediente subjetivo – a diferencia del secuestro simple como tipo residual – de exigir por la libertad un provecho o cualquier utilidad, o para que se haga u omita algo, o con fines publicitarios o de carácter político.»<sup>11</sup>*

***En cuanto a la aplicación de la atemperante del art. 171 del C. Penal criticado, debe indicarse que la norma en cuestión señala:***

*«Si dentro de los quince días siguientes al secuestro, se dejara voluntariamente en libertad a la víctima, sin que se hubiere obtenido alguno de los fines previstos para el secuestro extorsivo la pena se disminuirá en la mitad.*

*En los eventos de secuestro simple habrá lugar a igual disminución de la pena si el secuestrado dentro del mismo término, fuere dejado voluntariamente en libertad»*

***Circunstancia sobre la que el juez plural se pronunció categóricamente al resolver un caso similar en la última decisión en cita, en los siguientes términos:***

---

<sup>11</sup> CSJ, SP. SP1588-2016, rad. 46211(aprobada acta N. 32 del 10 de febrero de 2016), M. P. Fernando Alberto Castro Caballero.

*“Para el presente caso se tiene que en efecto Pedro Camacho Suárez fue dejado en libertad aproximadamente una hora después de haber sido retenido, pero con la intención de que hiciera las gestiones para conseguir los veinticinco millones de pesos que le exigieron a cambio de no atentarse contra la vida de su familia, y como mecanismo de presión el procesado y sus acompañantes procedieron a custodiar a su esposa e hija en su propia casa, mientras el citado regresaba con el dinero.*

*Como se observa, en manera alguna el procesado desistió de su propósito de obtener en forma ilícita la millonaria suma que estaba requiriendo a una de las víctimas, y su pronta liberación estuvo condicionada a la consecución del objetivo que motivó desde el principio la retención de Pedro Camacho Suárez y luego la de su familia.*

*Por lo anterior, el artículo 171 del Código Penal no estaba llamado a regular este asunto por lo que no se puede demandar su exclusión evidente como erradamente lo propone el censor, motivo por el que el segundo reproche tampoco prospera.”<sup>12</sup>*

*De tal forma es claro que aunque en el sub examine la Fiscalía hace hincapié en que la calificación jurídica de las premisas fácticas corresponde al hecho de ajustar el caso al ordenamiento jurídico, a la estricta legalidad y tipicidad de los delitos y de las penas, concretamente en lo que hace a la aplicación de la rebaja del canon 171 del C. Penal, sobre la premisa fáctica según la cual el plagiado recuperó su libertad justo en el momento en el que se le permitió regresar a su vivienda para que recaudara el dinero de la extorsión, no obstante que continuó bajo presión y custodia del grupo para la entrega de la exigencia económica que finalmente no se canceló, es evidente que acorde al panorama estudiado dicha argumentación resulta francamente insostenible desde el punto lógico y de técnica jurídica, pues desconoce precisamente que los elementos de convicción demuestran que el procesado finalmente salió desplazado con su familia gracias a que pudo contar con el acompañamiento de la policía y no por voluntad de sus secuestradores, y/o porque*

---

<sup>12</sup> *Ibíd.*

estos hayan desistido de la finalidad extorsiva, en lo que concuerdan los precedentes jurisprudenciales en los que se sostiene reiterativamente que:

*“...por liberación voluntaria debe entenderse la que responde a un acto espontáneo del autor del secuestro, equivalente a una expresión de desistimiento del logro de la finalidad perseguida, y que dentro de este concepto no encajan las liberaciones que se presentan por situaciones ajenas a la voluntad de los plagiarios, como las que sobrevienen por la intervención policial o por el logro de los fines propuestos (CSJ SP, 2 de octubre de 2003, casación 15898; CSJ SP1588-2016, 10 de febrero de 2016, casación 46211; CSJ AP5542-2016, 17 de agosto de 2016, casación 48558, entre otras).<sup>13</sup>*

Y en otra de las decisiones traídas a colación más arriba:

*“En lo que atañe al secuestro extorsivo se ha precisado que la liberación debe corresponder a un acto espontáneo del ejecutor del secuestro que equivalga a su desistimiento de lograr la finalidad perseguida con el plagio.*

*Así lo sostuvo la Corporación en CSJ SP 19 feb. 2009, rad. 27291:*

*«Ahora bien, la rebaja punitiva de que trata el inciso 1º del artículo 171 del Código Penal no es otra cosa que la expresión de un mecanismo de política criminal, a través del cual se busca premiar o tratar de manera menos rigurosa al delincuente que renuncia a obtener la finalidad inicialmente propuesta con la aprehensión de su víctima.*

*Dicho en otras palabras, el agente que inicialmente se representó la finalidad de exigir un provecho o cualquier utilidad a cambio de la libertad del secuestrado o pretendió utilizar el secuestro como mecanismo de presión para que se hiciera u omitiera alguna cosa o bien realizó la ilícita aprehensión con fines publicitarios o políticos, se hace acreedor a la rebaja, siempre y cuando – después de realizado el secuestro- encamine su voluntad a no obtener la finalidad que motivó el secuestro y, en consecuencia, deje en libertad a la víctima dentro de un lapso determinado.*

*El razonamiento anterior deja en claro entonces que lo decisivo para reconocer el beneficio punitivo en estudio se funda en que el sujeto activo de la conducta punible libera al plagiado no de cualquier manera, sino como consecuencia de*

---

<sup>13</sup> CSJ, SP. AP1641-2019, radicación 49267 (aprobado acta N. 101 del 30 de abril de 2019), M. P. José Francisco Acuña Viscaya.

*su arrepentimiento, esto es, de que su voluntad renuncie a obtener la finalidad buscada.»<sup>14</sup>*

*En consonancia con lo anterior, es evidente que la Fiscalía dio por sentado que fue por voluntad de los secuestradores que finalmente el plagiado pudo recuperar su libertad, tras comprometerlo a pagar varios millones de pesos y permitir que regresara a su vivienda. Interpretación de varios supuestos de hecho que en criterio de esta Magistratura, se insiste, deviene francamente insostenible, pues soslaya el que el cautiverio continuó durante la permanencia de la víctima en su propia casa, como quiera que la vigilancia y las exigencias en ningún momento cesaron por parte de la cofradía; así mismo, que fue gracias a la ayuda de algunos familiares y la presencia de la fuerza pública que finalmente logró escapar de sus captores, quienes hacían presencia en las inmediaciones de su vivienda y nunca cesaron de vigilarlo y de exigir la millonaria suma de dinero.*

*Como puede verse, las realidades fácticas analizadas demandaban que la atemperante en comento no hiciera parte de la calificación jurídica realizada por el ente persecutor, se insiste, desde los albores del proceso, y que ahora reclaman con vehemencia los apelantes al estimar, con evidente desatino considera la Sala, que en verdad consulta lo ocurrido en este caso y como tal hace parte de un adecuado ejercicio de adecuación típica.*

*Conforme a las precisiones hechas, recapitulando, no cabe duda entonces que la Fiscalía erró al considerar que el secuestro extorsivo fue atenuado por la presunta liberación temprana de la víctima que, como viene de verse, en verdad nunca se dio; así mismo, al estimar que las acciones del acusado se limitaron al auxilio propio que presta el cómplice de un delito. No obstante, las deficiencias vistas no pueden*

---

<sup>14</sup> CSJ, SP. SP1588-2016, radicación 46.211 (aprobado acta N. 32 del 10 de febrero de 2016), M. P. Fernando Alberto Castro Caballero.

*endilgarse a los términos del preacuerdo, sin que en el estado de cosas analizado sea factible que este cuerpo colegiado efectue un control material de la imputación y/o acusación, pues en términos de estricta legalidad y como se indicó más arriba, el acuerdo no sobrepasa las previsiones en la materia, sin incurrir la Fiscalía en una tipificación absurda o groseramente ilegal, acudiendo a la posibilidad que el propio ordenamiento jurídico le confiere de pactar la pena dentro del marco de su legalidad, cuidándose de incurrir en un doble beneficio, no obstante los inocultables yerros en la tipificación y calificación jurídica advertidos.*

*Lo contrario, esto es, improbar el preacuerdo logrado en las concretas condiciones procesales y sustanciales vistas, con claros yerros en la calificación jurídica que, como se sabe, deben ser asumidos por cada una de las partes, conlleva una inaceptable intromisión del juez que no puede permitir la Sala, pues no solo desequilibra el sistema de partes en desmedro del papel imparcial que deben cumplir los jueces en el proceso penal, sino que, en términos prácticos, le permitiría invadir esferas que escapan a su competencia para imponer las correcciones que considere pertinentes, echando por tierra las bases estructurales que soportan la arquitectura misma del sistema, desconociendo además la decantada línea que en la materia ha venido construyendo la jurisprudencia nacional, conforme a la cual le está vedado al juez ejercer control sobre la facultad que tiene la Fiscalía a la hora de formular imputación y/o acusar.*

*Y es que, tal como se anuncio en glosas anteriores de este proveído, aunque la misma jurisprudencia ha enfatizado ultimamente que existe diferencia entre el control material de la imputación y la acusación, que por regla general se encuentra vedado al juez, y solo en casos excepcionales se habilita en virtud de una actuación grosera en la materia que conlleve la violación de garantías fundamentales, y el control que este ejerce al momento de verificar si se satisfacen las exigencias de*

*ley para fallar, es preciso señalar que el funcionario debe ser cuidadoso en evitar ejercer el control prohibido so pretexto de ejecutar aquel que conforme a la interpretación de las altas cortes se encuentra autorizado.*

*En fin, resta por señalar que, dado que en el asunto bajo escrutino no se ha producido ningún cambio en la imputación o acusación por cuenta del preacuerdo, pues simplemente el fiscal optó desde los albores del proceso por una calificación que aunque en términos generales se corresponde con los hechos y encuentra respaldo en ese mínimo de tipicidad que se exige para emitir fallo condenatorio, en aspectos o circunstancias puntuales resulta suceptible de serios reparos desde los postulados propios de la tipicidad y las categorías dogmáticas vistas, sin que el juez pueda llegar al extremo de obligar a corregir al delegado una calificación jurídica que considera atinada, pues en definitiva, se insiste, no cuenta con dicha posibilidad jurídica.*

*Acorde al panorama analizado, vale significar que ni siquiera en la sentencia podría ajustarla, pues estaría corrigiendo la actuación del ente persecutor en desmedro de los intereses del acusado, y de esta forma estaría haciendo un control material a la imputación y/o a la acusación, lo cual, se itera, le está vedado en este sistema a la judicatura.*

*Al margen de las conclusiones a las que necesariamente arriba la Sala en esta oportunidad, dadas las vicisitudes que rodearon el desarrollo del trámite en el concreto caso, y sin pretensiones de desconocer entonces que los fiscales poseen un alto margen de maniobrabilidad para la concesión de beneficios en el contexto de los acuerdos previstas por el propio ordenamiento jurídico, art. 350. 351 y 352 de la ley 906/04, también lo es que los parámetros establecidos para la confección de los acuerdos se dirigen sin lugar a dudas a que dichas formas de terminación*

*anticipada del proceso se agoten con estricto cumplimiento de las pautas que rigen la dogmática penal, por lo que los delegados deben tener sumo cuidado y actuar con total rigurosidad a la hora de efectuar la calificación jurídica de los hechos, pues actuaciones como la escrutada evidencian ligereza y falta de técnica jurídica, sin que dichas circunstancias puedan pasar inadvertidas para la judicatura, de manera que las críticas formuladas deben servir de llamado de atención, pues como también lo tiene claro este Tribunal y los integrantes de la Sala han tenido la oportunidad de señalar en oportunidades anteriores, aunque la Fiscalía se encuentre en la búsqueda de diferentes estrategias dirigidas a robustecer sus estadísticas, evacuar trabajo y demostrar eficiencia en el cumplimiento de sus tareas y mandatos legales y constitucionales, los delegados deben cuidarse en extremo de incurrir en yerros como los aquí analizados.*

*Así las cosas, sin necesidad de mayores consideraciones y hechas las precisiones de rigor, la Sala revocará necesariamente la decisión apelada.*

*Por lo expuesto, esta Sala de Decisión Penal del **Tribunal Superior de Medellín**,*

**RESUELVE:**

**REVOCAR** la decisión adoptada por la Juez Cuarta Penal del Circuito Especializado de Medellín, en audiencia virtual celebrada el 18 de junio de 2020, mediante la cual decidió improbar el acuerdo al que llegó la Fiscalía con el procesado y su defensor, acorde a los motivos expuestos en la parte considerativa de este proveído; y, en consecuencia, se aprueba el acuerdo entre las partes, por lo que deberá la a-quo dictar la sentencia correspondiente, previo agotamiento del trámite respectivo.

*Esta decisión queda notificada en estrados y contra la misma no procede ningún recurso.*

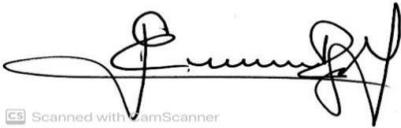
*Por la Secretaría de la Sala se ordena remitir la actuación al Juzgado de origen para que continúe con el trámite de rigor.*

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**Los Magistrados,**



**CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO**

  
Scanned with CamScanner

**LUÍS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ**

  
JOSE IGNACIO SANCHEZ CALLE  
Magistrado

**JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE**