

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellin

SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2021).

Radicado: 050016000000202100897
Procesado: Nicolás Esteban Gómez Yepes – otros
Delito: Secuestro Extorsivo – otros
Asunto: Apelación de Auto que imprueba acuerdo
Interlocutorio: No. 05. Aprobado por acta No. 30 de la fecha.
Decisión: Declara nulidad de lo actuado
Lectura: Jueves, 7 de abril de 2022

Magistrado Ponente

Dr. LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

1. ASUNTO POR DECIDIR

Es competente esta Sala de Decisión Penal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 del Código de Procedimiento Penal –Ley 906 de 2004- para resolver el recurso de alzada interpuesto por la Fiscalía y la defensa en contra del auto mediante el cual el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Medellín (Ant.) improbió el preacuerdo suscrito por el delegado del Ente Acusador y los señores **Nicolás Esteban Gómez Yepes,**

Yeferson Alonso de Jesús Cifuentes Monroy y Steven David Zabala Mesa, quienes vienen siendo investigados por los delitos de secuestro extorsivo agravado, hurto calificado y agravado, fabricación, tráfico o porte de estupefacientes y destinación ilícita de inmuebles.

2. HECHOS

Para una mejor ilustración de la decisión a adoptar, la Sala transcribirá los hechos jurídicamente relevantes, tal como fueron señalados por la Fiscalía en la audiencia del pasado 3 de diciembre de 2021:

“El día 17 de junio de 2021, Sebastián Zapata Giraldo, acompañó a su amigo Santiago al barrio Manrique de la comuna tres (sic) de la ciudad de Medellín a una diligencia personal, para lo cual se movilizaban en la motocicleta de Santiago, antes de llegar y estando en las inmediaciones del barrio Campo Valdés de la comuna cuatro de Medellín, fueron abordados por **Nicolás Esteban Yepes, Yeferson Alonso Cifuentes Monroy** y otros dos masculinos, quienes se desplazaban a bordo de dos motocicletas, estos los increparon y acusaron de ser ladrones.

Acto seguido despojaron a Santiago de la motocicleta y a Sebastián de un celular, que avaluó en 900.000 pesos, un reloj que avaluó en 200.000 pesos y 40.000 pesos en efectivo, sustrayéndolos a ambos hasta el inmueble de nomenclatura, carrera 47 #77-19 donde fueron retenidos, hospedados y amenazados de muerte, exigiendo cinco millones de pesos por su liberación, exigencia que extendieron a algunos familiares de los retenidos vía llamada telefónica y vía WhatsApp, inmueble en que habían varias personas que participaron de la amenazas, la exigencia económica y la golpiza, entre estos una femenina de nombre Valentina, y donde tenía un expendio de estupefacientes.

Horas más tarde llegó a este lugar **Estiven David Zabala Mesa**, quien tras distribuir estupefacientes se sumara a dar amenazas y golpes.

Pasadas las horas, y ya siendo 20 de julio de 2021, Santiago fue liberado, mientras que Sebastián fue mantenido retenido, mientras su madre Victoria Eugenia Giraldo Ovando, y su hermana Jazmín Andrea Giraldo arrimaban el sector con el dinero, dirigiéndose a su encuentro **Yeferson Alonso Cifuentes Monroy y Estiven David Zabala Mesa**, en la motocicleta de placas NHR58A, quienes son capturados en flagrancias por el Gaula de la policía nacional, cuando pretendían recibir el monto recibido, momento en el cual **Estiven David Zabala Mesa**, voluntariamente señala a los agentes del Gaula el inmueble donde tenían retenido a Sebastián, dirigiéndose hasta este lugar donde efectivamente se encontraba bajo retención Sebastián Zapata Giraldo, en ese entonces rescatado y además es capturado en condición de flagrancia, **Nicolás Esteban Yepes**, cuando le son incautados 1968 gramos de marihuana.”

3. ANTECEDENTES PROCESALES

El 21 de julio de 2021 y ante el juzgado Treinta y Uno Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín, se declaró legal la captura de los señores **Nicolás Esteban Gómez Yepes, Yeferson Alonso de Jesús Cifuentes Monroy y Steven David Zabala Mesa** y la Fiscalía les formuló imputación, a los 2 primeros, por los delitos de secuestro extorsivo agravado (Art. 169 y 170 numerales 2 y 10 del C.P.) y hurto calificado y agravado (art. 239, 240 inc. 2 y 241 numeral 10 del C.P.) y a **Zabala Mesa** el delito contra la libertad individual en concurso con tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (art. 376 inc. 3 del C.P.) y destinación ilícita de inmuebles (art. 377 del C.P.), cargos que no fueron aceptados por los procesados.

El 22 de junio de idéntica anualidad, se solicitó la imposición de medida de aseguramiento privativa de la libertad en

establecimiento carcelario para los imputados, accediendo el Juzgado a la misma.

El 1° de octubre de 2021, la Fiscalía presentó acta de preacuerdo con los imputados, el cual fue repartido para su conocimiento al Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Medellín, quien se dispuso a verificar la legalidad del preacuerdo en audiencia celebrada el 3 de diciembre de 2021.

En ese acto procesal, el delegado del Ente Acusador realizó modificaciones y aclaraciones a la imputación de cargos, en el sentido del reconocimiento de la circunstancia de menor punibilidad prevista en el canon 171 del C.P., siendo esa nueva calificación jurídica la que se tuvo en cuenta para la suscripción del preacuerdo.

El resultado de esa negociación no fue aprobado por la judicatura de primer nivel, decisión que fue recurrida por el delegado del Ente Acusador y el abogado de los procesados.

4. TÉRMINOS DE LA NEGOCIACIÓN

La negociación presentada por las partes al juzgado de origen, tenía relación directa con los montos de la pena a imponer por los delitos enrostrados a los procesados; para tales efectos, las partes acordaron inaplicar el aumento de la Ley 890 de 2004 y partir del mínimo del delito más grave imputado a los

procesados, esto es, el secuestro extorsivo agravado con circunstancia de menor punibilidad, imponiendo una pena por ese reato de 14 años de prisión para cada uno de ellos; así y habida cuenta los otros delitos concursales, las partes determinaron aumentar la pena para los señores **Nicolás Esteban Gómez Yepes, Yeferson Alonso de Jesús Cifuentes Monroy** en un mes por el delito de hurto calificado y agravado que les había sido enrostrado y para **Steven David Zabala Mesa** se le aumentó en 2 meses por los punibles de fabricación o porte de estupefacientes y destinación ilícita de inmuebles.

5. PROVIDENCIA RECURRIDA

Consideró la *a quo* que resultaba ilegal el acuerdo presentado entre los señores **Nicolás Esteban Gómez Yepes, Yeferson Alonso de Jesús Cifuentes Monroy y Steven David Zabala Mesa** y la Fiscalía, por las siguientes razones:

1. Con relación al delito de hurto calificado y agravado imputado a los señores **Gómez Yepes y Cifuentes Monroy**, consideró que el mal estado en que se encontraba el teléfono celular que le fue arrebatado a la víctima al momento de su devolución y el pago de la suma de \$300.000, no podían ser considerados como circunstancias que dieran cumplimiento al requisito de validez para la celebración de la negación, contenido en el canon 349 procesal, ni mucho menos una indemnización en los términos del artículo 269 del C.P.

2. Consideró que el preacuerdo con ocasión al punible de secuestro extorsivo agravado transgredía el principio de legalidad, bajo el argumento que la diminuyente contenida en el artículo 171 de la Ley 599 de 2000 y que fue reconocida por la Fiscalía previo a la celebración del acuerdo, no tenía un asidero en los hechos jurídicamente relevantes, lo que constituía su otorgamiento en un beneficio adicional al planteado en los términos de la negociación.

Argumentó la *a quo* que arribaba a la conclusión del doble beneficio, por considerar que el acto desplegado por uno de los encartados de manifestarle a los policiales el lugar donde se encontraba retenida la víctima, no constituía un acto voluntario y espontáneo del ejecutor que desistió de obtener ese provecho y desistió de tener retenida esa persona, sino que se trató de una situación que se generó a partir de la presión policial, derivada de su captura.

6. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

6.1. Fiscalía

El delegado del ente acusador reprochó la decisión de primer nivel, por las siguientes razones:

1. Indicó que estableció comunicación con la víctima, quien le confirmó que el celular devuelto si era el suyo y que no

estaba quebrado, lo que impediría, entonces, darle aplicabilidad a la exigencia del artículo 349 del C.P.P.

2. Censuró la argumentación de la juez respecto del atenuante contenido en el artículo 171 del C.P. por considerar que en este asunto, la colaboración brindada por los procesados, al indicar el lugar donde estaba retenida la víctima y al permitir el allanamiento voluntario de la vivienda, fue fundamental para dar con el paradero del secuestrado, situación esta que se contempla dentro de la hipótesis de la diminuyente reconocida a los encartados.

En consecuencia, solicitó se revocara la decisión de primera instancia y se impartiera aprobación al acuerdo presentado.

6.2. Defensa

El abogado de los señores **Nicolás Esteban Gómez Yepes, Yeferson Alonso de Jesús Cifuentes Monroy y Steven David Zabala Mesa** censuró la decisión de primer nivel por cuanto:

1. El GAULA solo pudo dar con el paradero de la víctima del secuestro, gracias a la colaboración de sus prohijados, habida cuenta que los agentes de ese cuerpo armado habían llegado a un lugar distante en el que tenían retenido al secuestrado, siendo los procesados quienes indicaron el sitio exacto y permitieron el ingreso de los policiales, situación que permite dar aplicación a la diminuyente contenida en el canon 171 del C.P.

Por lo anterior, consideró que el reconocimiento del atenuante por vía preacuerdo no transgrede el principio de legalidad, sino que, por el contrario, da cabal acatamiento a este.

2. Con relación a la exigencia del canon 349 procesal, el recurrente señaló que la víctima ya fue indemnizada con la devolución del teléfono móvil y con la suma de \$300.000; no obstante, adujo comprometerse a elevar esa suma de dinero para llevar a feliz término el acuerdo.

En consecuencia, solicitó se revocara la decisión recurrida.

7. LOS NO RECURRENTES

7.1 Representante de víctimas.

No hizo ninguna manifestación respecto a los recursos promovidos.

8. CONSIDERACIONES DE LA SALA

8.1. Competencia.

Esta Sala es competente para conocer del recurso de alzada propuesto por la Fiscalía y la defensa en contra de la decisión del Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de

Medellín, Antioquia, con ocasión de lo prescrito en el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

8.2 El problema jurídico

Sería del caso que la Colegiatura entrara a desatar las apelaciones propuestas por la Fiscalía y la defensa en contra del auto que improbió el preacuerdo celebrado entre ellos, si no fuera porque al analizar el decurso de la actuación procesal, se observan flagrantes vulneraciones al debido proceso.

Desde esta perspectiva es necesario analizar, si en este caso en particular, la Fiscalía respetó el principio de tipicidad objetiva al momento de calificar la conducta de los procesados.

Para ello, la Magistratura comenzará por efectuar un exordio sobre el principio de tipicidad objetiva que debe regir la actividad de la Fiscalía y el control que los jueces deben ejercer sobre los actos de parte del Ente Acusador, para finalizar la exposición con el estudio del caso concreto.

8.2.1. El principio de legalidad como criterio transversal a toda la actividad de la Fiscalía.

Con la entrada en vigor de la Ley 906 de 2004, se adoptó en el territorio nacional un sistema procesal penal de corte adversarial con tendencia acusatoria, en el cual se le otorgó a la Fiscalía General de la Nación la titularidad sobre la acción

penal, esto es, adelantar las respectivas investigaciones de aquellos hechos que tengan la connotación de delito y formular las respectivas acusaciones.

Pero esta tarea de tipificación de conductas no queda al arbitrio de los fiscales, pues la actividad de dichos funcionarios se rige siempre por el principio de legalidad del cual se deriva el de tipicidad objetiva, que implica que las adecuaciones típicas que se hagan en las imputaciones o acusaciones estén dentro de los límites de la racionalidad y razonabilidad jurídica, por lo cual queda proscrita la arbitrariedad. Para una mejor ilustración, es pertinente traer a colación la posición de la Corte Constitucional en la materia:

Es claro, entonces, que cuando el numeral acusado refiere a que el fiscal podrá adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo –preacuerdos desde la audiencia de formulación de imputación- en el que el imputado se declarará culpable del delito imputado, o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el fiscal “Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena”, no se refiere a la facultad del fiscal de crear nuevos tipos penales, pues tratándose de una norma relativa a la posibilidad de celebrar preacuerdos entre la Fiscalía y el imputado, la facultad del fiscal en el nuevo esquema procesal penal está referida a una labor de adecuación típica, según la cual, se otorga al fiscal un cierto margen de apreciación en cuanto a la imputación, pues con miras a lograr un acuerdo se le permite definir si puede imputar una conducta o hacer una imputación que resulte menos gravosa; pero de otro lado, en esta negociación el Fiscal no podrá seleccionar libremente el tipo penal correspondiente sino que deberá obrar de acuerdo con los hechos del proceso.

En efecto, en relación con la posibilidad de celebrar preacuerdos entre el fiscal y el imputado, **aquel no tiene plena libertad para hacer la adecuación típica de la conducta, pues se encuentra limitado por las circunstancias fácticas y jurídicas que resultan del caso.**

Por lo que, aún mediando una negociación entre el fiscal y el imputado, en la alegación conclusiva debe presentarse **la adecuación típica de la conducta según los hechos que correspondan a la descripción que previamente ha realizado el legislador en el Código penal**¹.

Es claro, entonces, que ese principio de tipicidad objetiva es de obligatorio acatamiento por parte del fiscal y que el mismo debe respetar las prescripciones normativas del código de las penas y su correlación directa con los hechos materia de investigación, sin que le sea dable efectuar juicios de carácter subjetivo para la debida calificación jurídica de las conductas investigadas o, en su defecto, estructurar tipificaciones que no se ciñan estrictamente a los hechos jurídicamente relevantes que emergen de la investigación.

El incumplimiento de este precepto por parte de la Fiscalía General de la Nación, no puede pasar desapercibido para el juez de control de garantías o conocimiento pues, como directores del proceso, les está permitido efectuar un control de legalidad en punto de que se respete la debida coherencia entre la imputación fáctica y la jurídica cuando el dislate existente sea de tan grande envergadura que pueda vulnerar el debido proceso de partes e intervinientes y vaya en contra de los principios del proceso mismo, es decir, cuando se está en presencia de una vía de hecho.

En conclusión, en virtud del principio de legalidad, y su arista de tipicidad objetiva, los fiscales, en primer lugar, tienen la obligación de llevar a juicio todos los hechos emergidos de la

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-1260 de 2005. (Negrillas de la Sala)

investigación y que sean relevantes para la solución del caso y, en segundo lugar, calificarlos de la manera más adecuada posible. Solo así se preservan los derechos y garantías del procesado, de la víctima; pero también de la sociedad toda, si se entiende que el delito no solo es una ofensa particular, sino que afecta a todo el conglomerado.

8.2.2.2 El control judicial sobre la imputación, la acusación y los preacuerdos

Sobre el control que los jueces deben hacer a las imputaciones, acusaciones y preacuerdos es mucho lo que se ha dicho en la doctrina y la jurisprudencia debido a la falta de técnica del legislador al momento de regular tan importante cuestión que tienen que ver, ni más ni menos, con los derechos fundamentales del procesado, de la víctima e, incluso, de la sociedad toda y con los fines mismos de la Administración de Justicia Penal.

Desde siempre, no ha habido duda en las Cortes de Cierre, tanto penal como constitucional, que el juez, cuando menos, debe ejercer un control formal a estos actos de parte; sin embargo, la praxis judicial y la realidad han llevado a que en aras de la protección del sistema y de las garantías de las partes e intervinientes, se propenda también por un control material, cuestión sobre la que tampoco la Sala de Casación Penal ha tenido una posición pacífica, en tanto, en algunas veces se ha

inclinado por un control fuerte y en otras por un control moderado.²

La última posición asumida por dicho Tribunal en la sentencia 52227 de 2020, en criterio de esta Sala de Decisión, es muy razonable por cuanto recalca acerca de la diferencia sustancial existente entre el control sobre la imputación y la acusación y el

² En la Sentencia SU-479 de 2019, La Corte Constitucional, para resolver un problema atinente al control judicial sobre imputaciones, acusaciones y preacuerdos, cita a la Sala de Casación en los siguientes términos:

“Sobre el particular, la Sentencia del 10 de octubre de 2016 refirió y explicó cuáles son dichas posturas:

“La [primera] postura que rechaza cualquier posibilidad de control material se funda en la consideración de que la acusación es un acto de parte, que repele esta clase de controles, y que una injerencia de esta índole es además incompatible con el papel imparcial que debe cumplir el juez en el sistema acusatorio. Dentro de esta línea de pensamiento se matriculan, entre otras decisiones, las siguientes: CSJ AP, 15 de julio de 2008, definición de competencias 29994; CSJ SP, 21 de marzo de 2012, casación 38256; CSJ SP, 19 de junio de 2013, casación 37951; CSJ AP, 14 de agosto de 2013, segunda instancia 41375 y CSJ AP, 16 de octubre de 2013, segunda instancia 39886 [...].

La segunda postura, que propende por un control material más o menos amplio de la acusación y los acuerdos en temas como tipicidad, legalidad y el debido proceso, se apoya en la sentencia de la Corte Constitucional C-1260 de 2005, que declaró la exequibilidad condicionada del numeral 2° del inciso segundo del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, “en el entendido que el fiscal no puede en ejercicio de esta facultad crear tipos penales; y que en todo caso, a los hechos invocados en su alegación conclusiva no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente”.

Esta tendencia se caracteriza porque admite la posibilidad de control material y permite un grado de intromisión profundo en el contenido jurídico de la acusación y los acuerdos, a aras de la realización de los fines de la justicia, las garantías de los sujetos procesales y la protección de la legalidad mínima. Dentro de esta línea interpretativa se ubican, entre otras decisiones, la sentencia CSJ SP, 12 de septiembre de 2007, casación 27759 y la sentencia CSJ SP, 8 de julio de 2009, casación 31280[...].

La tercera postura, que acepta un control material restringido de la acusación y los acuerdos, se sustenta en una interpretación sistemática de los artículos 350 inciso segundo numeral segundo, 351 inciso cuarto, 443 inciso primero y 448 del estatuto procesal penal, frente a los contenidos y alcances de los fallos de Constitucionalidad 1260 de 2005 y C-059 de 2010, y los principios que rigen el sistema acusatorio.

Esta postura, que es la que acoge actualmente la línea jurisprudencial de la Sala, reconoce, como regla, que el juez no puede hacer control material de la acusación ni de los acuerdos en los procesos tramitados al amparo de la Ley 906 de 2004, y que solo está autorizado para hacerlo, por vía de excepción, cuando objetivamente resulte manifiesto que el acto quebranta o compromete de manera grosera garantías fundamentales. De esta línea son, entre otros, los pronunciamientos CSJ SP, 6 de febrero de 2013, casación 39892; CSJ SP9853-2014, 16 de julio de 2014, casación 40871; CSJ AP6049-2014, primero de octubre de 2014, segunda instancia 42452; CSJ, SP13939-2014, 15 de octubre de 2014, casación 42184; y CSJ SP14842-2015, 28 de octubre de 2015, casación 43436 [...].” .

control ejercido sobre los preacuerdos, en el sentido de que frente a los primeros el mismo es formal **y excepcionalmente material**, sí y solo sí, el fiscal en la adecuación típica incurre en una verdadera **vía de hecho** por violación flagrante a los principios de legalidad y tipicidad objetiva; es decir, cuando se está en frente de a una verdadera arbitrariedad, puesto que una intervención diferente del juez sería una intromisión inadmisible en el campo de acción de la Fiscalía, con lo cual se desvirtuaría el sistema de partes y se afectaría, a la vez, su imparcialidad para juzgar el caso.

En cambio, la Corte frente a lo segundo, esto es los preacuerdos, propugna por un verdadero control material como quiera que este tipo de actos de parte activan de manera inmediata la potestad jurisdiccional de dictar sentencia, la cual obviamente tiene que estar regida por todos los principios que gobiernan no solo el proceso ordinario sino la justicia negocial.³

En la referida sentencia la Corte con rotundidad afirmó:

Los jueces y magistrados deben ejercer a la acusación en los procesos ordinarios de la Ley 906 de 2004 un control, para que no se vulnere la esencia del objeto del proceso penal, que no es otra que la administración de justicia.

Ese principio-deber, se edifica como un control **a los actos arbitrarios, caprichosos, de mera liberalidad o discrecionalidad** del titular de la acción penal, cuando en la acusación no se rige por criterios de objetividad, razonabilidad, verdad y justicia o se aparta de la información que revelan los elementos de prueba recaudados, proceder con claras implicaciones en los derechos y garantías fundamentales de las partes e intervinientes.

(...)

³ CSJ, Sala de Casación Penal. Rad. 52227 de 2020

La Corte ha señalado que aun cuando a la Fiscalía se le asignó la obligación de acusar «ello no implica que deba hacerlo a toda costa o que pueda pasar por alto circunstancias objetivas en punto de los hechos y la forma de responsabilidad que cabe endilgar a los acusados», pues como servidores públicos, sus delegados deben actuar en un marco de objetividad, legalidad, estricta tipicidad, debido proceso, lealtad procesal y buena fe (artículo 12 C.P.P.), así como con adecuadas prácticas del derecho, criterios de necesidad, ponderación y corrección en el comportamiento, todo ello «para evitar excesos contrarios a la función pública, especialmente a la justicia.

De allí que, el juez ante eventos que desbordan la potestad de la Fiscalía en el acto de acusación, el Juez debe ejercer un control activo que supere los meros actos de dirección, en aras de garantizar la intangibilidad de los principios, valores y garantías referidos en párrafos anteriores.⁴

Así las cosas, el juez está en el deber de hacer excepcionalmente un control material a la imputación o la acusación de la Fiscalía, cuando el actuar de esta parte desborda de manera ostensible o grosera el principio de tipicidad objetiva, es decir, cuando la adecuación típica riñe de manera evidente con la descripción de los hechos jurídicamente relevantes consignados en el acto comunicacional de parte, porque esto no solo va en contra de los más caros principios que rigen al proceso penal, sino en contra de los derechos de las partes e intervinientes procesales, situación que ha sido resuelta por el órgano de cierre a través del extremo remedio de la nulidad.

Y es que precisamente en este tipo de eventos es perfectamente viable optar por la anulación del trámite procesal, habida cuenta que la inobservancia de los parámetros establecidos por la jurisprudencia pueden resultar ser una evidente afrenta a las garantías fundamentales del procesado, la víctima o incluso la sociedad, que no apareja otro remedio distinto a la retractación

⁴ CSJ. Sala de Casación Penal. Rad. 54691 del 14 de abril de 2021.

de la actuación con miras a corregir los yerros generados por el actuar indebido de la fiscalía al momento de calificar la conducta.

Por último, para un cabal entendimiento y aplicación de este precedente jurisprudencial, es muy importante dejar en claro lo siguiente:

Primero, el control material excepcional que eventualmente puede hacerle el juez a la imputación o a la acusación, bien sea de oficio o a petición de parte, se debe basar en los hechos jurídicamente relevantes presentados exclusivamente por la Fiscalía, lo que de suyo descarta cualquier tipo de injerencia de las otras partes e intervinientes en este acto, bajo el entendido que la titular de la acción penal es quien funge como acusador estatal o privado (esto último para el caso de los procesos abreviados regulados en la Ley 1826 de 2017).

Segundo, el referido control material excepcional jamás puede tener como fundamento la evidencia, que, por cualquier razón, hasta ese momento sea conocida por las partes, sino únicamente los hechos jurídicamente relevantes traídos por la Fiscalía, porque lo contrario implicaría una anticipación, así sea parcial, del juicio, lo que desestructuraría el modelo de enjuiciamiento penal adoptado por Colombia.

Tercero, como el control -positivo o negativo, formal o material-, que exige en todo caso la Sala de Casación Penal sobre las imputaciones, acusaciones y preacuerdos, es un asunto de fondo que puede tener serias implicaciones para la suerte del

proceso, a pesar de que la ley expresamente no lo prevé, esto requiere de un pronunciamiento motivado del juez, lo cual necesariamente se tiene que hacer por medio de un auto interlocutorio pasible de los recursos de ley al tenor de lo dispuesto en el artículo 161 del C.P.P.

Cuarto, las modificaciones que pretenda hacer la Fiscalía a la acusación formalmente presentada, así sea favorable al acusado, debe tener soporte probatorio y/o jurídico suficiente y adecuado.

Quinto, las inobservancias a estos parámetros reflejan vulneraciones al debido proceso y a eventuales garantías fundamentales de partes o intervinientes que, de mantenerse en la actuación deben invalidarse por el propio juez de instancia o su superior para rehacer el acto procesal con la debida observancia de los parámetros aquí fijados.

8.2.3 La diminuyente contenida en el canon 171 del C.P.

El artículo 171 de la ley 599 de 2000, previo un atenuante punitivo para el delito de secuestro, el cual establece:

ARTICULO 171. CIRCUNSTANCIAS DE ATENUACION PUNITIVA: Si dentro de los quince (15) días siguientes al secuestro, se dejare voluntariamente en libertad a la víctima, sin que se hubiere obtenido alguno de los fines previstos para el secuestro extorsivo, la pena se disminuirá hasta en la mitad.

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

Con base en el referido cuerpo normativo, se busca reconocerle al perpetrador del reato contra la libertad, la renuncia a la obtención de la finalidad buscada con la retención de su víctima.

Del contenido del artículo en cita, se destaca la presencia de 2 elementos que deben cumplirse para darle aplicación a la rebaja allí contenida, como lo es que la retención no supere 15 días y que la liberación sea producto de un acto de libre voluntad determinado por una decisión propia del sujeto agente.

Para clarificar un poco mas lo que se ha de entender por esa determinación “voluntaria” de liberación por parte del secuestrador, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado:

Los precedentes jurisprudenciales de la Sala han sido reiterativos en sostener 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).⁵ (negrillas fuera de texto)

⁵ CSJ, AP1641-2019 rad. 49267 del 30 de abril de 2019.

Es preciso, entonces, convenir que la voluntad de liberación que se exige en el canon 171 del C.P. debe ser libre de apremio y de cualquier fuerza externa que pueda malear la voluntad del sujeto agente o direccionarla a ejecutar una liberación que, en una condición normal sin esa intervención externa, no se hubiese podido presentar.

6.2.4. El caso concreto

En el presente asunto, se tiene que los señores los señores **Nicolás Esteban Gómez Yepes, Yeferson Alonso de Jesús Cifuentes Monroy y Steven David Zabala Mesa**, vienen siendo investigados por los delitos de secuestro extorsivo agravado, hurto calificado y agravado, fabricación, tráfico o porte de estupefacientes y destinación ilícita de inmuebles. Bajo esos presupuestos se realizó la audiencia de imputación.

No obstante, al anunciarse la suscripción de un acuerdo entre las partes, la Fiscalía indicó que variaría varios aspectos de la calificación jurídica de la imputación y que con base en esa modificación era que se daba pie a la realización del preacuerdo. Dentro de estas modificaciones anunciadas, estaba el reconocimiento para todos los procesados del diminuyente para el secuestro extorsivo agravado, contemplado en el canon 171 del C.P.,

Para fundar lo anterior, el delegado del Ente Acusador indicó que de los hechos jurídicamente relevantes se podía colegir que los encartados, de manera voluntaria, permitieron la libertad de

la víctima al momento de ser capturados pues indicaron el sitio donde el afectado se encontraba retenido.

Así, con base en esta nueva calificación jurídica presentada en la acusación, la cual se hizo supuestamente para hacer un ajuste de legalidad a la adecuación típica, se anunció un preacuerdo que tuvo como base las determinaciones de las penas a imponer para cada encartado, partiéndose como sanción punitiva base la que correspondía al mínimo del secuestro extorsivo agravado con la circunstancia de atenuación ya referida.

Al someterse el acuerdo a la respectiva verificación por parte de la juez de conocimiento, esta no lo aprobó, por cuanto, en su sentir, este reñía con el principio de legalidad considerando que la diminuyente reconocida a los procesados no tenía un fundamento en los hechos jurídicamente relevantes y que su reconocimiento constituía el otorgamiento de un beneficio adicional al ya pactado.

La decisión en comento fue apelada por la Fiscalía y la defensa, confluendo los argumentos de estos en que, de conformidad con la evidencia recaudada y presentada como soporte del acuerdo, la liberación de la víctima de secuestro se dio gracias a la colaboración de los procesados quienes informaron de su paradero a los agentes del GAULA que los capturaron y permitir el registro voluntario de la vivienda donde estaba retenido, lo que hacía que el resultado de la negociación fuera ajustado a la legalidad, siendo necesario impartir aprobación en esta instancia.

Desde ya, se dirá que le asiste razón a la juez de primer nivel, por cuanto la liberación del secuestrado no fue producto de un acto voluntario de los procesados, sino que, por el contrario, la información de su paradero se entregó por los encartados luego del accionar de los agentes del GAULA.

Nótese como esa relación de hechos jurídicamente relevantes, dio cuenta que una vez fue capturado el señor **Estiven David Zabala Mesa**, este decide indicarle a los agentes del Gaula la ubicación del inmueble donde tenían retenido a Sebastián, situación de la cual deviene diáfano que no obedeció a la voluntad libre e inequívoca del procesado de proceder a liberar a su prisionero, sino que fue derivada de la intervención policial y al darse cuenta que ya no podía seguir con su plan criminal dada su captura.

El otro momento que refieren los recurrentes como un acto de entrega voluntaria del secuestrado, lo fue el permiso para que los policiales ingresaran a la vivienda y rescataran al cautivo; empero, este acto tampoco se puede considerar como una acción de liberalidad de quienes se encontraban en la vivienda, entre ellos **Nicolás Esteban Yepes**, dado que la rápida acción de los policiales y el acorralamiento derivado de la llegada a ese sitio donde tenían cautivo a Sebastián Zapata Giraldo, no les dejó otra salida que permitir el ingreso de los agentes del orden para que rescataran al secuestrado.

Además que, dada la información del primer capturado, se generó una clara situación de flagrancia que les hubiera

permitido ingresar a los policiales en la residencia en donde permanecía secuestrada la víctima, sin requerirse ningún tipo de autorización de sus moradores.

Por lo anterior, puede colegirse de forma categórica que, si bien la retención no superó los 15 días, no hubo la tal liberación voluntaria alegada por los censores en sus intervenciones, lo que de facto permite inferir que el reconocimiento de la circunstancia de atenuación del artículo 171 del C.P. en el presente asunto, no comportaba realmente un acatamiento al principio de tipicidad objetiva y al de legalidad, como lo arguyeron el fiscal y el defensor en sus respectivos recursos, sino un claro beneficio para los procesados.

Por el contrario, razón le asiste al *a quo* al considerar que esa circunstancia específica de menor punibilidad no tiene un fundamento fáctico plausible que respetara el principio de legalidad en su arista de tipicidad objetiva, lo que la llevó, de forma parcialmente acertada a improbar el preacuerdo.

No obstante, observa la Sala que la labor de la señora juez de primera instancia, en aspectos que avienen directamente con su labor como directora del proceso, fue realmente pasiva ante la variación de la calificación jurídica presentada por el fiscal del caso.

Ante eventos como el que ocupa la atención de la Sala en esta oportunidad, esto es, cambio de la adecuación típica, lo que se esperaba era que la *a quo*, a continuación de la intervención de la Fiscalía le hubiese dado traslado a las partes e intervinientes

de los nuevos fundamentos facticos y jurídicos esbozados por el delegado del Ente Instructor, de conformidad con lo preceptuado en el canon 339 procesal, para que expresaran sus observaciones sobre la modificación traída a la audiencia por el delegado fiscal y que una vez corrido el traslado a las partes, era necesario que la juez se pronunciase sobre si aceptaba o no esa nueva calificación jurídica, de acuerdo a los parámetros normativos y jurisprudenciales que hay al respecto y no, como erradamente se hizo, esperar a que se presentara un nuevo acto procesal, como es la exposición de un acuerdo entre las partes, para decidir al respecto, porque ello conllevaría a que, en efecto, el preacuerdo pierda validez procesal, pero no así la nueva calificación jurídica, que seguiría teniendo validez a futuro a pesar de ser evidentemente violatoria principio de tipicidad objetiva.

En efecto, la juez, previo traslado a las partes, debió ejercer un control material sobre ese acto arbitrario del delegado del Ente Acusador y negar esa variación de la calificación jurídica de la imputación, ante la flagrante vulneración no solo del debido proceso sino de los derechos fundamentales a la verdad y la justicia de la víctima, máxime cuando la modificación del pliego acusatorio carecía, en lo absoluto, de respaldo probatorio, con lo cual era evidente la transgresión a los principios de legalidad, en general, y del de tipicidad objetiva, en especial.

Colofón de todo lo expuesto, se puede decir que, si bien puede considerarse correcta la decisión de la juez de improbar el ilegal preacuerdo, también es claro que se quedó corta, porque antes de eso debió improbar la nueva calificación jurídica que sirvió

de fundamento a aquel, por lo que no se puede avalar su decisión en tanto que quedaría viva jurídicamente tal pliego de cargos con todas las irregularidades que aquí se han evidenciado.

Vistas así las cosas y frente a la flagrante violación de las reglas propias del juicio que tienen en este caso incidencia directa en los derechos de la víctima y los intereses de la sociedad, de conformidad con el artículo 457 procesal, no hay otra alternativa que invalidar parcialmente la actuación a partir del inicio de la audiencia de presentación del preacuerdo.

Se llega a esta extrema solución, pues del estudio de los principios que rigen esta figura legal, se tiene que los defectos advertidos menoscaban las bases propias del debido proceso; es trascendente porque afecta, además, garantías legales y constitucionales de la víctima, de la que, dicho sea de paso, no se le puso a consideración la negociación, así como de la sociedad; y, por último, no hay otra manera de subsanar el entuerto porque es en absoluto necesario que se rehaga el acto procesal para para que la Fiscalía y la judicatura procedan de conformidad con las reglas normativas y jurisprudenciales que se han dictado al respecto, tal como se ha reseñado con antelación.

Además, en caso de optarse solo por la confirmación de la improbación del acuerdo suscrito entre las partes, perviviría una acusación viciada de violación al principio de tipicidad

objetiva, que constituiría un errado marco factico y jurídico para la actuación.

Dicho de otra forma, de no anularse el acto procesal donde se presentó la arbitraria calificación jurídica de los hechos por parte del ente acusador, se estaría avalando que prosiguiera el trámite con base en una acusación errada y que violenta garantías fundamentales caras al proceso penal.

Aquí es importante advertir que la solución que se ha dado por parte de la Corte Suprema de Justicia a este tipo de problemas también ha sido la anulación de la actuación hasta el instante procesal donde surgió el acto irregular.⁶

Por último, es importante advertir que la negociación celebrada entre la Fiscalía y la defensa fue también abiertamente ilegal por una cuestión que no fue advertida por la juez de primer nivel.

Véase como las partes, en su liberalidad que no era absoluta, pactaron como resultado de la negociación la imposición de la pena por los delitos enrostrados a **Nicolás Esteban Gómez Yepes, Yeferson Alonso de Jesús Cifuentes Monroy y Steven David Zabala Mesa** sin el aumento introducido por la Ley 890 de 2004, situación que contraria de forma grosera el principio de legalidad, al pactarse unos montos punitivos que fueron derogados y que, por ende, no gozan de vigencia en el actual ordenamiento jurídico colombiano.

⁶ Cfr. CSJ. Sala de Casación Penal. Rad. 54691 del 14 de abril de 2021.

Así las cosas, no queda otra alternativa que declarar la nulidad de toda la audiencia de acusación celebrada el 3 de diciembre de 2021, con miras a que se rehaga dicho acto procesal.

9. OBSERVACIONES FINALES

Llama de sobremanera la atención de la Sala varias circunstancias en el diligenciamiento de este proceso que no pueden dejarse pasar por alto y que deben señalarse a la Juez de primera instancia, a saber:

1. Dentro de la presente actuación, los señores **Nicolás Esteban Gómez Yepes, Yeferson Alonso de Jesús Cifuentes Monroy y Steven David Zabala Mesa** fueron procesados por conductas punibles que significaban un enriquecimiento, cuya determinación real del valor debía realizarse de forma perentoria, cosa que no se hizo por el Ente Acusador y a la que el juez de primera instancia hizo caso omiso y adoptó un papel pasivo de cara a ello.

Nótese como, de la delimitación de los hechos jurídicamente relevantes transcritos al inicio de esta providencia, se denota que los procesados no solo se apropiaron de un reloj y de la suma de \$300.000, sino que presuntamente también se apoderaron de una moto de la cual se desconoció la suerte que corrió.

También, se conoce que hubo una exigencia de \$5.000.000 por la liberación de los 2 sujetos raptados y que uno de ellos fue liberado previamente a la captura de los procesados, lo que implicaba verificar por parte de la Fiscalía si tal hecho se debió al pago de alguna suma de dinero.

Lo anterior resultaba transcendental conocerlo con miras a determinar la realidad del monto del incremento patrimonial ilícito para los procesados, a efectos de poder determinar la viabilidad del preacuerdo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 349 procesal, pero esta cuestión que fue obviada por el fiscal que dirigió la investigación y por la juez de primera instancia que debía ejercer el control sobre la negociación procesal.

2. De la lectura de la situación fáctica de esta causa, se desprende que fueron dos las víctimas de los delitos enrostrados a los procesados, pero la actividad de la Fiscalía se concentró en preservar intereses del señor Sebastián Zapata Giraldo, sin que poco o nada se preocupara por la salvaguarda de los derechos de una persona referenciada en la acusación como Santiago quien, evidentemente también fue ofendido del actuar delictual de los señores **Nicolás Esteban Gómez Yepes, Yeferson Alonso de Jesús Cifuentes Monroy y Steven David Zabala Mesa.**

Ante este panorama y de cara a lo preceptuado por la sentencia C-516 de 2007 de la Corte Constitucional, las

víctimas gozan del derecho de asistir y participar en la negociación y aprobación de los preacuerdos, situación que fue obviada tanto por la fiscalía como por la judicatura de primer nivel, siendo esta última la que tenía el deber de requerir del ente acusador los datos del otro afectado y citarlos al respectivo acto procesal⁷.

Todas estas situaciones irregulares aquí reseñadas, necesariamente tienen que ser tenidas en cuenta por la funcionaria de primera instancia, al momento de rehacer el acto procesal anulado y ejercer el control material sobre la eventual negociación que presenten de nuevo las partes procesales.

Debido a lo expuesto, el **Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

10. RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD de todo lo actuado dentro del presente proceso penal adelantado en contra de **Nicolás Esteban Gómez Yepes, Yeferson Alonso de Jesús Cifuentes Monroy y Steven David Zabala Mesa**, quienes vienen siendo investigados por los delitos de secuestro extorsivo agravado, hurto calificado y agravado, fabricación, tráfico o porte de estupefacientes y destinación ilícita de inmuebles; a partir de la audiencia de verificación de preacuerdo celebrada el 3 de

⁷ ARTÍCULO 171. CITACIONES. Procedencia. Cuando se convoque a la celebración de una audiencia o deba adelantarse un trámite especial, deberá citarse oportunamente a las partes, testigos, peritos y demás personas que deban intervenir en la actuación.

La citación para que los intervinientes comparezcan a la audiencia preliminar deberá ser ordenada por el juez de control de garantías.

diciembre de 2021 ante la Juez Cuarta Penal del Circuito Especializado de Medellín – Ant., inclusive, por lo expuesto a lo largo de este proveído.

SEGUNDO: Frente a la presente decisión, solo procede el recurso de reposición.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

A handwritten signature in black ink, consisting of several fluid, overlapping strokes that form a complex, somewhat abstract shape.

LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO
Magistrado

A handwritten signature in black ink, featuring a long, sweeping horizontal stroke followed by a few smaller, more intricate strokes.

RICARDO DE LA PAVA MARULANDA
Magistrado

A handwritten signature in black ink, including a large, prominent circular loop on the right side and several other distinct strokes.

RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ
Magistrado