



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellin

## SALA PENAL

<b>Radicación: 05001 60 00206 2020 11585</b>
<b>Acusado: JUAN DIEGO AGUIRRE HINCAPIÉ</b>
<b>Delitos: Constreñimiento ilegal</b>
<b>Motivo: APELACIÓN AUTO QUE IMPROBÓ PREACUERDO</b>
<b>Decisión: CONFIRMA</b>
<b>MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL DELGADO ORTÍZ</b>
<b>Tema: Alcance del control judicial de los preacuerdos</b>
<b>Auto Interlocutorio 37</b>
<b>Aprobado mediante acta 103</b>

Medellín, diecisiete (17) de junio de dos mil veintiuno

### **ASUNTO POR TRATAR**

Corresponde a la Sala desatar las apelaciones interpuestas por la delegada de la fiscalía y el defensor de **JUAN DIEGO AGUIRRE HINCAPIÉ**, en contra del auto de la Juez Octava Penal del Circuito de Medellín, proferido en audiencia llevada a cabo el dieciséis (16) de diciembre de dos mil veinte, por medio del cual improbó el acuerdo suscrito entre la fiscal, el acusado y su defensor.

### **ANTECEDENTES**

Según el escrito de acusación con preacuerdo, el ocho (8) de agosto de dos mil veinte, en el barrio Pedregal de esta ciudad, **AGUIRRE HINCAPIÉ** actuando en participación con otras personas, constriñó a Daniel Felipe Hernández, mediante artificios y engaños, haciéndole creer que Jhonnyer Augusto Vélez Restrepo y Yenifer Katherine Acevedo Martínez, se encontraban retenidos

y en peligro, con la finalidad de que compareciera a ese lugar para salvaguardar sus vidas para que devolviera la suma de dinero que le fue pagada por la venta de cuatro (4) tarros de *POPPER* y entregar, adicionalmente, entre quinientos mil y un millón de pesos (\$500.000 y \$1'000.000), lo que generó que siendo las 20:40 horas fuera capturado, se dice que en situación de flagrancia, en la calle 104 con carrera 74, vía pública de dicho barrio.

Por tales hechos, el diez (10) de agosto de dos mil veinte, se llevaron a cabo ante el Juez Veinte Penal Municipal de Medellín, con funciones de control de garantías, por solicitud de la Fiscalía 37 URI, las audiencias concentradas de legalización de captura e incautación de elementos.

El once (11) de agosto de los mismos mes y año, se le formuló imputación a **JUAN DIEGO AGUIRRE HINCAPIÉ** por el delito de secuestro extorsivo en calidad de coautor con circunstancias de atenuación (artículos 169 y 171 del C.P.) y la circunstancia de mayor punibilidad descrita en el numeral 10 del artículo 58 ibíd. sin que aceptara su responsabilidad por tal conducta. Acto seguido se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, decisión contra la cual el defensor interpuso recurso de apelación.

En diligencia del tres (03) de septiembre de dos mil veinte, la Juez Tercera Penal del Circuito de Medellín, confirmó la decisión de primera instancia.

Posteriormente, en audiencia del trece (13) de octubre de dos mil veinte, ante el Juzgado Cuarto Penal

Municipal de Medellín, se realizó la reformulación de imputación, en contra de JUAN DIEGO AGUIRRE HINCAPIÉ, por el delito de constreñimiento ilegal descrito en el artículo 182 del Código Penal. Acto seguido se realizó diligencia de revocatoria de medida de aseguramiento ordenándose la libertad inmediata.

La fiscal a cargo del asunto presentó escrito de acusación con preacuerdo en contra del ciudadano ya identificado, señalándolo como presunto responsable del delito de constreñimiento ilegal, actuación que correspondió por reparto a la Juez Octava Penal del Circuito de Medellín.

En audiencia realizada el dieciséis (16) de diciembre de dos mil veinte, la fiscal indicó que se había llegado a un preacuerdo con el imputado, el cual fue objeto de improbación, por lo que la delegada de la Fiscalía y el defensor interpusieron recursos de reposición y en subsidio apelación.

### **EL PREACUERDO**

La delegada del ente acusador, expuso que el preacuerdo consistía en que el procesado aceptaba su responsabilidad como coautor del delito imputado en audiencia de reformulación, esto es, constreñimiento ilegal, a cambio de degradar su participación a cómplice, acordándose una pena de once (11) meses de prisión, sin que fuera objeto de reconocimiento de beneficios o subrogados penales; allegando al despacho los correspondientes elementos materiales probatorios; términos que fueron confirmados por el enjuiciado.

## LA PROVIDENCIA OBJETO DE APELACIÓN

La A quo verificó que el imputado celebró el acuerdo en forma libre, espontánea, voluntaria y debidamente informado, sin embargo, consideró que debía improbarlo, pues aduce, a pesar de que se cumplió con los requisitos formales en su presentación, ante la exigencia económica ilícita que se efectuara a la víctima, se configuró el delito de extorsión y no, el de constreñimiento ilegal.

Para el efecto indicó, que a **JUAN DIEGO AGUIRRE** le había sido atribuido el delito de secuestro extorsivo, ante denuncia que fuera interpuesta por Daniel Felipe Hernández, que diera origen al procedimiento que terminó con la captura, pues aparentemente JHONNYER AUGUSTO VÉLEZ RESTREPO y YENIFER KATERINE ACEVEDO MARTÍNEZ, habrían sido secuestrados por parte de un grupo de personas que en el barrio Pedregal le exigieron al denunciante la entrega de una suma de dinero que al parecer aquellos habían pagado por la compra de unos tarros de Popper y además le pidieron entre \$500.000 y \$1'000.000, informándole éste grupo de ciudadanos que tenían privados de la libertad a JHONNYER AUGUSTO Y YENIFER KATERINE, por lo que Daniel Felipe interpuso la denuncia.

Adujo que no obstante lo anterior, con ocasión de las entrevistas recepcionadas a Jhonnyer Augusto Vélez Restrepo y Yenifer Katherine Acevedo Martínez, se estableció que fueron amedrentados en el barrio Pedregal, cuando el primero fue a cumplir la labor lícita de mensajería, llevando lo que creía eran unas semillas, pero cuando se destaparon los tarros se verificó que era Popper, y fue amenazado, según su dicho y el de Katherine, por cuanto se encontraban vendiendo esa sustancia en ese sitio, por lo que llamaron

a la persona que ellos conocían como Samuel (Daniel Felipe Hernández), a quien le hicieron una exigencia económica ilícita, so pena de ejecutar un mal en contra de las dos personas que se creía estaban retenidas (Jhonnyer Augusto Vélez Restrepo y Yenifer Katherine Acevedo Martínez).

Anotó la juez de instancia, que cuando se está frente al delito de constreñimiento ilegal, no hay cobros de dinero involucrados o si los hay, es de una suma de dinero que efectivamente se adeuda y se cobra de manera arbitraria.

Consideró que aunque al Fiscalía tuvo toda la razón al variar la formulación de imputación, pues de las entrevistas de Jhonnyer Augusto Vélez Restrepo y Yenifer Katherine Acevedo Martínez se establece que no fueron privados de la libertad, lo que arrojan los actos de investigación es que existió una extorsión precisamente derivada del cobro de dinero sin causa lícita porque, según lo describe Daniel, le exigieron que devolviera ciento cincuenta mil pesos (\$150.000), que le habían pagado por el Popper y además la suma de entre \$500.000 y \$1'000.000 para no hacerle daño a estas personas.

Por ello concluyó, es una extorsión y no un constreñimiento ilegal, en tanto se presenta el factor objetivo del delito de extorsión, esto es la exigencia económica derivada de un objeto ilícito mediante la coacción a Daniel Felipe Hernández y que diera lugar a la captura.

En consecuencia, el delito que se presenta en este caso, no se corresponde con el materialmente

ejecutado, y aunque la Fiscalía tiene facultad de considerar dentro de lo razonable cuál es la conducta delictiva atribuible, en el caso lo es extorsión y no, constreñimiento ilegal, por lo que, existiendo limitaciones para presentar preacuerdos frente al primero, el juzgado imprueba el preacuerdo.

Al desatar el recurso de reposición que fuera interpuesto, concluyó que debía tenerse en cuenta que **JUAN DIEGO AGUIRRE HINCAPIÉ**, conforme a los elementos materiales probatorios, intervino por lo menos en condición de partícipe, ya se determinará si lo fue como autor o cómplice, pero no hay duda de las exigencias arbitrarias que le hicieron a la víctima de hacerse presente en el barrio Pedregal, reclamándole una suma de dinero, a quien iban a llevar donde el patrón, detrás de lo cual está el tráfico de estupefacientes.

Lo anterior, dijo, impone concluir, a partir de la forma en que actúan los concertados para cometer la conducta delictiva, que efectivamente **JUAN DIEGO AGUIRRE** conocía lo que se estaba desarrollando, no es creíble que su encargo fuera simplemente recoger una persona, la exigencia económica ya existía al momento de las llamadas que se hicieron a la víctima, por tanto su contribución era necesaria para obtener no sola la presencia de Daniel en el barrio frente al patrón, sino para entregar la suma de dinero que le había sido exigida.

## DE LOS RECURSOS DE ALZADA

### LA FISCALÍA:

Manifestó la delegada de la Fiscalía que se debía revocar la decisión objeto de censura, como quiera que, no se puede desestimar la calificación jurídica realizada por la Fiscalía, en tanto no cuenta con elementos materiales probatorios para demostrar en juicio que el procesado participó en el delito de extorsión.

Afirmó que el hecho se circunscribe a un constreñimiento, toda vez que, de los elementos recolectados, no se hace una inferencia de que **JUAN DIEGO AGUIRRE**, fue quien llamó a la víctima a hacer la solicitud de un pago de dinero al parecer para liberar a dos personas que supuestamente tenían retenidas.

Esgrimió que, pese a que se realizó solicitud de extracción de datos del celular incautado al procesado, no existe ninguna relación o llamadas al número de la víctima, solamente aparece en el hecho delictivo cuando le solicita a Daniel Felipe Hernández que se suba a su motocicleta, al parecer, para llevarlo donde el patrón.

Así, consideró, no se establece que **JUAN DIEGO**, tuviera real conocimiento de los hechos antecedentes de una exigencia económica realizada a Daniel; no hay vínculo o relación directa del procesado con las llamadas al mismo ni a Jonnyer, y si bien se podría dar el delito de extorsión frente a las otras personas que realizaron las llamadas, respecto a los cuales se debe compulsar copias, no así frente a **AGUIRRE HINCAPIÉ**, ni siquiera frente a una tentativa de extorsión pues no se vio afectado el patrimonio de la víctima.

En consecuencia, concluyó, de los elementos materiales probatorios no se puede establecer la responsabilidad de **JUAN DIEGO AGUIRRE HINCAPIE**, frente al delito de

extorsión, toda vez que lo que hizo fue constreñir a Daniel Felipe para que se subiera a su moto para llevarlo a un lugar determinado donde su patrón, pero ello no se materializó en virtud de la captura, por lo que solicita revocar la decisión de primera instancia.

### **LA DEFENSA:**

El defensor, al sustentar el recurso, centró su disenso en considerar que luego de que la fiscal hiciera el estudio de los elementos materiales probatorios, pudo percatarse que su prohijado no estaba inscrito dentro de los delitos de secuestro o extorsión, en tanto en ningún momento entrelazó una relación con la víctima Daniel Felipe; lo único fue que se montara a su motocicleta para ser llevado donde el patrón, es decir no le hizo solicitud contentiva de un provecho ilícito o remuneración patrimonial, solo sirvió de apoyo para algo que ese estaba negociando ilícitamente con Daniel Felipe con unos tarros de Popper, y la gente se encontraba en el barrio Pedregal, donde iba a ser trasladado por JUAN DIEGO AGUIRRE, lo cual no se dio en virtud de la captura.

Por ello, dijo finalmente, no hay conexión entre su prohijado y el delito de extorsión.

### **PRONUNCIAMIENTO DE LOS NO RECURRENTES**

#### **DELEGADO DEL MINISTERIO PUBLICO**

Solicitó confirmar la decisión de improbar el preacuerdo, tras considerar que en este caso todo inicia por la venta de Popper, utilizándose unas personas para llevar esa sustancia al barrio Pedregal, pero resulta que los compradores no son quienes decían y

buscan un provecho de esto, tratándose seguramente de una organización criminal que quería imponer las famosas “multas” y recuperar un dinero u obtener un lucro derivado de ese dominio territorial y empieza ese proceso extorsivo a quien estaba vendiendo el Popper, reclamando su presencia en el lugar y realizándole una exigencia económica.

Manifestó que se establece que el denunciante llega al lugar donde aparece el motociclista y lo va a llevar, por lo que es capturado, es decir, realizaba un papel en esa tarea, en tanto no es un autor único sino coautor según se establece en las llamadas telefónicas, pudiéndose incluso presentar un concierto para delinquir.

Anunció que, si se aísla esta situación o propósito extorsivo del acervo probatorio, tendría que decirse que la conducta es atípica, y tampoco podría aprobarse el preacuerdo, en tanto lo que constriñe es todo el contexto para lograr que la víctima se trasladara al sector, fuera recogido por el motociclista para llevarlo donde otras personas, pudiéndose en principio observar que se pretendía un lucro económico y un posible daño, lo que indica que no se está frente a un constreñimiento ilegal.

### **SE CONSIDERA PARA DECIDIR**

Acorde con el artículo 34 numeral primero de la ley 906 de 2004 tienen competencia las salas penales de los tribunales superiores de distrito judicial para conocer y desatar las apelaciones que se intenten en contra de los autos proferidos por los

jueces penales del circuito del respectivo distrito, siendo este el caso que nos ocupa.

En relación con la argumentación propuesta por los apelantes, contiene elementos suficientes de discusión que permiten conocer el fondo del asunto.

El problema jurídico que se plantea a la Sala puede ser delimitado en el siguiente interrogante:

¿El acuerdo llevado a cabo entre la delegada de la Fiscalía General de la Nación, el procesado y su defensor vulnera derechos y garantías fundamentales, en tanto desconoce el principio de estricta tipicidad por indebida calificación de la conducta en la audiencia de reformulación de imputación y que fue objeto de preacuerdo, conforme lo afirma la primera instancia o, por el contrario, debe revocarse la decisión por encontrarse esa negociación ajustada a la legalidad?

Como ya lo hemos expuesto en pasadas oportunidades, para dar solución al interrogante que se propone, lo primero que debemos manifestar es que el juez de conocimiento, conforme lo establece el artículo 293 de la ley 906 de 2004 y lo analizado en múltiples decisiones por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, tratándose de la figura de los preacuerdos y su control por parte del juez de conocimiento, debe advertirse la obligación de examinar el mismo a efectos de determinar que fue realizado de forma voluntaria, libre, espontánea y debidamente informada<sup>1</sup>, y que se hayan respetado las garantías fundamentales<sup>2</sup> de partes e intervinientes<sup>3</sup>, dentro de las que

---

<sup>1</sup> Artículo 293 ley 906 de 2004.

<sup>2</sup> Artículo 351-4 ley 906 de 2004.

<sup>3</sup> CSJ SP931-2016, Rad. 43356.

se encuentran la legalidad, la estricta tipicidad y el debido proceso, entre otras; siendo indiscutible que este control judicial es una expresión del principio de jurisdiccionalidad<sup>4</sup>.

En estas condiciones, no se podría aprobar una negociación cuando, siendo reiterativos en los ejemplos, se establezca una sanción y ello se haga por debajo de su límite legal o cuando no se halle acreditado, con elementos materiales demostrativos, un mínimo de prueba sobre la materialidad del injusto y la probable responsabilidad, como lo exige el inciso tercero del artículo 327 de la ley 906 de 2004; frente a estos dos casos se presenta una afectación de los principios de legalidad, debido proceso y derecho de defensa, siendo imperativo para el juez, en eventos como los aquí propuestos, ejercer un control de legalidad a tales desajustes.

De otro lado, sobre el tema en estudio, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de justicia<sup>5</sup>, ha afirmado que el Juez, so pretexto de un control material de los acuerdos y negociaciones no puede desconocer sus contenidos, excepto que aquellos desborden criterios de razonabilidad y se traduzcan en verdaderas vías de hecho que impliquen un claro desconocimiento de la Constitución y la ley.

En la sentencia con radicado 52.311 del 11.12.2018 sobre el control del juez en los preacuerdos y negociaciones dijo:

***“6.1.1.2. Algunas notas diferenciadoras del “control a la acusación” en los casos de terminación anticipada de la actuación penal***

*Aunque el artículo 350 de la Ley establece que los acuerdos celebrados entre la Fiscalía y la defensa deben ser presentados “ante el juez de conocimiento como escrito de acusación”, es evidente*

---

<sup>4</sup> CSJ SPAEP0017-2020, Rad.51532

<sup>5</sup> Sentencias de tutela T-71.128 del 06.02.2014 y T-70.112 del 04.12.2013

*que la intervención del juez en esta forma de terminación anticipada de la actuación penal es sustancialmente diferente a la que procede frente a la acusación –y la imputación- en el trámite ordinario.*

*En estos eventos la acusación no cumple la función de delimitar los contornos de un debate que deba surtir a la luz del principio de igualdad de armas, como en el trámite ordinario, precisamente porque el efecto principal de los acuerdos y el allanamiento a cargos es la supresión de los escenarios procesales dispuestos para esos fines.*

*Cuando las partes proponen estas formas de terminación anticipada de la actuación penal, al juez le corresponde verificar si están dados los presupuestos para emitir una **sentencia condenatoria**, lo que incluye aspectos como los siguientes: (i) la existencia de una hipótesis de hechos jurídicamente relevantes, toda vez que, en virtud del principio de legalidad, la condena solo es procedente frente a conductas que estén previa y claramente sancionadas por el legislador; (ii) el aporte de evidencias físicas u otra información legalmente obtenida, que permita cumplir el estándar de conocimiento previsto en el artículo 327 de la Ley 906 de 2004, orientado, según dice esta norma, a salvaguardar la presunción de inocencia del procesado; (iii) la claridad sobre los términos del acuerdo, lo que implica, entre otras cosas, precisar cuándo un eventual cambio de calificación jurídica (en cualquiera de sus modalidades) corresponde a la materialización del principio de legalidad, y en qué eventos ello es producto de los beneficios acordados por las partes; **(iv) la viabilidad legal de los beneficios otorgados por la Fiscalía, bien por la modalidad y cantidad de los mismos, o por las limitaciones previstas frente a determinados delitos;** (v) que el procesado, al decidir sobre la renuncia al juicio, haya actuado con libertad y suficientemente información; etcétera.” - negrilla propia -.”*

Obsérvese que, en el pronunciamiento parcialmente transcrito, se reafirma la facultad que tiene la fiscalía para efectuar negociaciones con los acusados, siempre y cuando no se vulnere el principio de legalidad ni garantías fundamentales de las partes o intervinientes y en varias providencias<sup>6</sup>, la alta corporación ha reafirmado que:

*“Por regla general el juez no puede hacer control material a la acusación del fiscal en los procesos abreviados u ordinarios, ni a las consecuencias que de ello se derivan, pero, excepcionalmente deben hacerlo frente a actuaciones que de manera grosera y arbitraria comprometan las garantías fundamentales de las partes o intervinientes. “*

---

<sup>6</sup> CSJ Sala de casación penal. Sentencia del 16.07.2014. Radicación 48.071 MP. JOSE LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ y sentencia de tutela del 20.05.2014. Radicación 73.555 MP. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Ahora bien, en decisión emitida por la alta corporación, con radicado 47.732 del 23 de noviembre de 2016, se confirmó que, en el marco de la valoración de los preacuerdos, el juez de conocimiento no puede hacer, por regla general, control frente a la tipificación, salvo violación flagrante a las garantías fundamentales cuando se aparta del acontecer fáctico o atenta groseramente contra el principio de legalidad.

En reciente pronunciamiento<sup>7</sup>, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, afinó estos argumentos e hizo un llamado a los jueces para, si es del caso, ejerzan control material a la acusación y afirmó:

*“Al amparo del control material se debe velar porque los hechos revelados por las evidencias o los elementos de pruebas allegados, se asuman como la verdad demostrada y no sean alterados sustancialmente en detrimento de los derechos de las víctimas, tampoco para sacrificar las consecuencias jurídicas y sancionatorias que corresponden a la responsabilidad penal por el delito cometido, más aún tampoco para validar beneficios que de manera aberrante desprestigian la administración de justicia dadas las circunstancias el caso, todo lo cual encuentra soporte, entre otras disposiciones, en los artículos 5, 10, 11, 116 y 348 del C de P.P”.*

Dicho de otro modo, con estas nuevas posiciones que se vienen decantando desde los órganos de cierre, se propugna por una intervención más rigurosa del Juez, haciéndose hincapié en el deber de verificar que la adecuación típica se corresponda con los hechos jurídicamente relevantes que se hallen soportados en los elementos demostrativos con los que cuenta el ente investigador teniendo como norte, entre otros, la protección de los

---

<sup>7</sup> CSJ. Sala de Casación Penal. Sentencia del 14.04.2021. Radicación 54.691. MP Eugenio Fernández Carlier.

derechos de las víctimas e impedir el desprestigio de la administración de justicia otorgando beneficios que sacrifican las consecuencias jurídicas y punitivas de tales conductas.

Con este marco teórico, para dar solución al problema jurídico, tenemos que la situación a analizar tiene que ver en realidad con la variación de la tipificación realizada por la Fiscalía en la audiencia de readecuación de la imputación, que incidió en el preacuerdo, como quiera que fue sobre ésta que se realizó la negociación (*constreñimiento ilegal*), y no respecto al delito, que en sentir de la juez de instancia y el delegado del Ministerio Público, se adecua a los hechos jurídicamente relevantes (*extorsión*), el cual tiene, cómo no, limitaciones en el marco de los mecanismos de terminación anticipada de la actuación.

Para abordar tal cuestión, debemos acudir al principio de legalidad y su componente de estricta tipicidad (artículos 9-1 y 10-1 del Código Penal), en tanto la calificación jurídica de la conducta contra la autonomía personal endilgada al acusado por la Fiscalía en la audiencia de reformulación de imputación versó por un delito de constreñimiento ilegal establecido en el artículo 182 del C.P., el cual preceptúa que:

*El que fuera de los casos especialmente previstos como delito, constriña a otro a hacer, tolerar u omitir alguna cosa, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses.*

Por su parte, el delito de extorsión se encuentra consagrado en el artículo 244 *ibid.*, el cual indica:

*El que constriña a otro a hacer, tolerar u omitir alguna cosa, con el propósito de obtener provecho ilícito o cualquier utilidad ilícita o beneficio ilícito, para sí o para un tercero,*

*incurrirá en prisión de ciento noventa y dos (192) a doscientos ochenta y ocho (288) meses y multa de ochocientos (800) a mil ochocientos (1.800) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

Al respecto, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en providencia con radicado 49009 del 23 de mayo de 2018, señaló, respecto del elemento subjetivo del tipo penal de extorsión, descrito en el artículo 244 del Código Penal que su configuración no la determinan los medios violentos o intimidatorios a los cuales se acuda para exigir el pago de la obligación, sino el carácter ilícito del provecho que se busca, por la naturaleza indebida del pago, entendida como la inexistencia de una obligación civil.

En la misma providencia se plasmó:

*Por tanto, sin desatender el hecho de que el constreñimiento ilegal es, por disposición del mismo artículo 182 del Estatuto Punitivo, de naturaleza subsidiaria —«El que fuera de los casos especialmente previstos como delito...»—, los demás elementos descriptivos que comparte con el delito de extorsión —constraña a otro a hacer, tolerar u omitir u omitir alguna cosa— conducen necesariamente a afirmar que el diferenciador -«con el propósito de obtener provecho ilícito o cualquier utilidad ilícita o beneficio ilícito, para sí o para un tercero...»- determina si la situación fáctica se ajusta al delito contra el patrimonio económico o afecta únicamente la autonomía personal, sin que, so pretexto del carácter pluriofensivo de la extorsión, resulte jurídicamente razonable que la ilicitud del provecho, la utilidad o el beneficio se haga depender de los medios a través de los cuales se ejercite el constreñimiento, interpretación que no se extracta de los contenidos normativos, conforme lo ha decantado esta Corporación.*

De otro lado, la Corte Constitucional en sentencia C-284 de 1996, al examinar la exequibilidad de la expresión "una extorsión o..." contenida en el artículo 33 de la Ley 40, señaló que:

*(...) a nivel de la dogmática penal, se considera que la única diferencia específica entre la extorsión y el constreñimiento ilegal -clásico delito contra la libertad personal y la autonomía individual- es la búsqueda de obtención de provecho económico, a tal punto que la extorsión puede ser definida como un constreñimiento ilegal con finalidad económica. Al respecto dijo la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia anteriormente citada:*

*"Precisamente lo que distingue el tipo de delito contra la autonomía personal descrito en el citado artículo 276, del ilícito de extorsión, es el elemento subjetivo*

*del tipo contenido en la expresión "con el propósito de obtener provecho ilícito". La referencia subjetiva traslada la misma conducta del campo de la autonomía personal, además al del patrimonio económico"<sup>8</sup>.*

En estas condiciones, deberá determinarse si tal y como lo analizó la *A quo*, en el asunto que se examina, la calificación jurídica con fundamento en la cual se presentó el preacuerdo se estima **abiertamente** contraria al principio de estricta tipicidad y afecta entonces la legalidad del preacuerdo, en tanto de los elementos cognoscitivos aportados y los hechos jurídicamente relevantes se evidencia que se está frente al delito de extorsión o por el contrario, de constreñimiento ilegal, en cuanto se halla demostrado que la coerción de carácter patrimonial que se efectuó a la víctima Daniel Felipe Hernández, incumbía al cobro de una deuda legalmente contraída y exigible o, cuando menos, este aspecto no estaba en manos del imputado.

Ahora bien, del caudal demostrativo aportado a la actuación y los hechos jurídicamente relevantes plasmados en el escrito de preacuerdo, se desprende que **JUAN DIEGO AGUIRRE HINCAPIÉ**, fue capturado cuando se disponía a recoger, en una moto, a Daniel Felipe Hernández, en tanto aquel había sido citado al barrio Pedregal por unos sujetos que, se dice, le habían efectuado la compra de unos tarros de POPPER, para que devolviera \$130.000 que le habían sido pagados por ellos, además de entregarle la suma entre \$500.000 y \$1'000.000 por estar distribuyendo estupefacientes en el sector, por lo que fue compelido a que compareciera al lugar a entregar la suma requerida con el convencimiento de que tenían retenido al mensajero que envió a entregar los elementos referidos.

---

<sup>8</sup> CSJ SP, 8 ab. 1986.

Así, lo que enseñan los elementos, no dudamos es que en este caso se pretendía la obtención de un provecho ilícito, en tanto se le exigió a la víctima no solo la devolución del dinero que, se afirma, le habían consignado unos ciudadanos por unos tarros de Popper, sino además el pago de otra suma de dinero por estar distribuyendo esa sustancia en el sector, tal y como se desprende de la entrevista que rindiera Daniel Felipe Hernández el 9 de agosto de 2020, en la que indicó al respecto que:

*“... JHONIEL como a las 5 y 45 de la tarde me llama desde su celular y también me marca desde otro número celular 310-6908438 y me dice que los manes que les iba entregar el encargo dicen que yo tengo que ir hasta el barrio Pedregal a hablar con ellos y que tengo que devolverles la plata que ellos consignaron por el Popper, o sea los \$130.000 mil pesos, de ahí me siguen escribiendo por el WhatsApp como a esos de las 5 y 55 donde me dicen que debo ir lo más rápido posible donde están ellos en la calle 105 con carrera 7ª para que hable con ellos y que les debo llevar muy buena plata...”*

Esta información fue corroborada por Jhonnyer Augusto Vélez Restrepo, quien en lo pertinente refirió en la entrevista del 22 de agosto de 2020:

*“...yo le digo que yo soy el de las semillas y se las entrego, el destapa el paquete y me dice que le muestre el celular y verifica que yo trabajo por la aplicación pick up, entonces ese man me dice que le muestre el celular y verifica que yo trabajo por la aplicación pick up, entonces ese man me dice que llame al chino que mandó las cosas y le explique lo que está pasando, entonces yo le marco a SAMUEL al número 305-3876012, le digo que por que me hace eso, que porque me envió a llevar eso sin saber, que ese man que recibió el paquete está enojado, que lo necesita a él, para que hable con ellos, en ese momento ese man gordo me pide el celular y se pone a hablar con SAMUEL desde mi celular, y luego regresa y me entrega el celular, me buscan en los bolsillos que tenía yo, también registraron a mi esposa y me dijeron que porque hijueputas estaba vendiendo popper en el barrio de ellos, que me fuera y apagara el celular...”*

Por su parte, Yenifer Katherine Acevedo Martínez, quien acompañó a su esposo Jhonnyer Augusto Vélez Restrepo a entregar los aludidos tarros de POPPER el día de los hechos, frente al punto indicó:

*“... habían varios pelados, el tipo al que le teníamos que entregar la encomienda se nos acerca personalmente y nos pregunta que si nosotros éramos lo que teníamos que entregar las semillas contestamos que sí, recibió el paquete y lo destapó y nos mostró su contenido, eran unas cajas de POOPERS, y nos dijo – vea lo que ustedes metiendo en mi barrio-, nosotros le explicamos que en ningún momento supimos del contenido de la encomienda que nos habían dicho que eran unas semillas, entonces empezó a preguntar quien había mandado eso, y ese momento ese tipo le dice a JHONNYER que le marque al teléfono de SAMUEL y que le dijera que tenía que ir donde ellos para solucionar el problema, JHONNYER también le dijo que por que nos había metido en esto, el otro tipo le quito el teléfono a JHONIER y le dijo a SAMUEL que él tenía que ir a explicar por qué nosotros estábamos traficando en el barrio de ellos y dijo que SAMUEL ya venía para donde ellos...”*

Esa información dada por los entrevistados muestra que, es más que razonable concluir que se constriñó al señor Daniel Felipe Hernández para que compareciera al barrio Pedregal a responder por el tráfico de la sustancia que, se dice, estaba vendiendo en ese sector, pero además se le exigió una suma de dinero que no tenía por qué pagar a los sujetos que lo estaban requiriendo en ese lugar, de donde deviene el provecho ilícito que exige el delito de extorsión.

De otro lado, los elementos dan cuenta de la participación de JUAN DIEGO AGUIRRE HINCAPIÉ en los hechos, como quiera que en el informe ejecutivo FPJ-3 que fue aportado, en relación con el operativo de captura, se consigna que se realizó acompañamiento a Daniel Felipe Hernández al barrio Pedregal, con el fin de verificar la información suministrada por éste a la central del 123, los victimarios le escribieron desde el número 310-6908438 y le dijeron que se encontraran en El Consumo de Pedregal, el ciudadano presuntamente ofendido se ubicó sobre la calle 104 con carrera 74, esquina, siendo las 20:20 horas, a las espera de que llegaran los victimarios, pasados unos 10 minutos, se observó que subió un sujeto en una moto color negra, pasó por el frente de Daniel, mirando fijamente.

Media cuadra más adelante giró y bajó en contravía por el andén y sin bajarse abordó a Daniel, cruzaron con él unas palabras, le hicieron el gesto de que se montara y aquel no hizo caso, le dijeron en varias ocasiones que se montara para llevarlo donde el patrón, Luego de ellos procedieron con la captura de **JUAN DIEGO AGUIRRE HINCAPIÉ**.

Por su parte, DANIEL FELIPE HERNÁNDEZ HERRERA, en la entrevista del 9 de agosto de 2020, indicó que se encontraba esperando en una esquina y llegó *un man* en una moto, solo, y le dijo que se montara para ir a hablar con el patrón, que ellos eran los que ponían las condiciones y en ese momento lo capturó la Policía.

Así las cosas, al margen de la evaluación realizada por la delegada de la Fiscalía de los actos de investigación que fueron aportados como soporte del preacuerdo, para la Sala, los elementos dan cuenta de la participación del señor **AGUIRRE HINCAPIÉ** en los hechos aquí analizados, que como se indicó, en eso está de acuerdo la Sala con la juez de primera instancia, se enmarcan con mucha más exactitud, en la conducta punible de extorsión y no, de constreñimiento ilegal, dado el provecho ilícito que, se evidencia, se perseguía por los intervinientes en la conducta.

Recordemos además que, al margen de que se adolezca hasta el momento de elementos que den cuenta que el procesado fue quien intervino en la llamada mediante la cual se realizó la exigencia económica ilegal, su comportamiento frente a la presunta víctima lo puede ubicar, sin dificultad, como un coautor material y ser catalogado como un coautor impropio.

Para mayor ilustración, en sentencia del 23 de noviembre de 2016, radicado 44.312, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, respecto a esta forma de intervención en la conducta punible indicó:

“Sobre el tema de la coautoría por distribución de funciones, también conocida como impropia<sup>9</sup>, conviene mencionar que alude a la realización mancomunada de la conducta punible que, por tanto, supone la participación plural de sujetos activos en el delito cuyo actuar típico se consolida en razón de un cometido común, valga decir, que el comportamiento punible se asume con división de trabajo existiendo para el efecto un acuerdo de voluntades que puede ser previo o coetáneo y, a su vez, expreso o tácito.

**Por tanto, es propio de esta forma de participación criminal que en la producción del resultado típico, los distintos intervinientes en la empresa criminal desarrollen cada uno por su cuenta una parte del trabajo delictivo y que la misma valorada aisladamente, en principio no se subsuma en el respectivo tipo penal, por lo que no se debe estimar la realización material de cada cual, sino que se ha de apreciar que la proporción de cada actuar llevado a cabo conduce efectivamente al resultado integral de la acción.**

**La coautoría impropia, se precisa, envuelve dos aspectos<sup>10</sup>. El subjetivo, es decir, que haya un acuerdo mancomunadamente establecido, en donde cada uno de los ejecutores de la conducta punible asume el hecho como propio porque forma parte de una colectividad delictiva con un propósito definido, pues está incluido dentro de una obra global, esto es, la ejecutada por todos los que concurren a su realización, de manera que su tarea se cumple con interdependencia funcional.**

**Ahora, la coautoría impropia también tiene un aspecto objetivo, el cual hace alusión al codominio funcional del hecho, entendido este como que los varios individuos, sin sometimiento, dependencia o subordinación de uno o unos de ellos a otro u otros de ellos, se dirigen a la misma finalidad con un comportamiento esencial, mirado no en términos absolutos sino relativos, a lo que se debe sumar el aporte significativo durante la ejecución del hecho, es decir, la contribución de algo trascendente para la comisión del delito.**

De la misma forma, en providencia del 7 de septiembre de 2016, en el radicado 42477, la Sala de Casación Penal precisó respecto a la coautoría impropia:

“Sea lo primero en ese propósito relieves cómo el casacionista y en algunos pasajes la Delegada de la Procuraduría, confunden coautoría propia con la impropia al exigir la existencia de prueba que demuestre que fue éste o aquél

<sup>9</sup> CSJ SP, 9 nov. 2006, rad. 22698.

<sup>10</sup> CSJ SP, 21 ago. 2003, rad. 19213.

procesado el que materialmente propinó el golpe o el disparo a una u otra víctima, no obstante ser claro que la primera se presenta cuando varios individuos mediante acuerdo previo o concomitante realizan la conducta, pero todos actualizan el verbo rector definido en el tipo; que en la segunda hay división de trabajo, al punto que incluso algunos pueden realizar comportamientos objetivamente impunes, pero que por el acuerdo expreso o tácito de voluntades y la identidad en el delito se hacen responsables de todo.

En estas condiciones, al existir mínimos elementos que dan cuenta que **AGUIRRE HINCAPIÉ**, hacía parte del plan original de extorsión, que se disponía a recoger a la víctima para llevarla al lugar donde se dice estaba su "patrón" y que incluso le manifestó que ellos eran los que ponían las condiciones, no se puede marginar su participación en el delito de extorsión como lo anuncia la delegada de la Fiscalía, sacando, creemos que inapropiadamente, ese actuar del contexto en el cual se dio.

En otras palabras, si bien no está en duda que los delegados de la Fiscalía General de la Nación tienen la facultad de readecuar las conductas investigadas si estiman que la imputación primaria tiene algún yerro, tal modificación no puede obedecer a un mero capricho o arbitrariedad, pues, tanto la Corte Constitucional como la Sala de Casación PENAL de la Corte Suprema de Justicia han dejado claro, desde la añeja sentencia C-1260 de 2005 hasta los más recientes pronunciamientos, que los hechos jurídicamente relevantes deben ser encuadrados en el tipo penal que realmente se corresponda con ellos.

Y en el caso bajo análisis, la narración de los hechos jurídicamente relevantes dada por la delegación de la FGN, que se soporta en el acopio demostrativo arrimado, lejos están de poder ser tipificados como un mero constreñimiento; por el contrario, lo venimos afirmando, encuadran, sin dificultad, en el delito contra el patrimonio económico regulado por el artículo 244 del Código Penal.

Por ello, considera la Sala que se advierte un claro error en el juicio de tipicidad realizado por la fiscalía como garantía del principio de estricta legalidad, máxime cuando en el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006 se establece:

*“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”.*

Si, como ya se ha venido enfatizando en fechas recientes, a partir de la expedición de la sentencia SU 479 de 2019, se resalta la importancia de dar aplicación a las directrices contenidas en la sentencia C-1260 de 2005 en torno a la corrección de la calificación jurídica que ha de darse a los hechos jurídicamente relevantes, lo cual impone el deber a los delegados de la Fiscalía General de la Nación de adecuar las conductas típicas a estos, en casos como el aquí analizado cobra especial relevancia pues, como puede verse, un inadecuado encuadramiento típico termina por reconocer, veladamente, beneficios que, de haberse ubicado la conducta en el tipo penal que realmente se ajusta a los hechos narrados por el acusador, sería inaplicables al asunto en particular, lo cual no consulta los postulados bajo los cuales se permite, por el artículo 348 de la ley 906 de 2004, la celebración de acuerdos y negociaciones.

En otras palabras, al desconocerse, por parte de la delegación de la Fiscalía General de la Nación, las reglas jurisprudenciales respecto al encuadramiento de las conductas típicas,

razón tuvo la Juez de primer grado en improbar el preacuerdo que fue sometido a su consideración.

Así las cosas, se confirmará el auto del dieciséis (16) de diciembre de dos mil veinte, mediante el cual la Juez Octava Penal del Circuito de Medellín, improbó el preacuerdo suscrito entre la fiscal, el acusado y su defensor.

En mérito de lo expuesto, la Sala de decisión penal del Tribunal Superior de Medellín,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** el auto del dieciséis (16) de diciembre de dos mil veinte, mediante el cual la Juez Octava Penal del Circuito de Medellín, improbó el preacuerdo suscrito entre la fiscal, el acusado y su defensor.

**SEGUNDO:** Esta decisión queda notificada a las partes y a los intervinientes en estrados y contra la misma no proceden recursos.

### **NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUÉLVASE**



**RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ**

**Magistrado**



**JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ**

**Magistrado**



**MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS**

**Magistrado**

