

Proceso No 23640

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrada Ponente:

MARINA PULIDO DE BARÓN

Aprobado Acta No. 077

Bogotá, D.C., julio veintisiete (27) de dos mil seis (2006)

VISTOS

Se pronuncia de fondo la Sala sobre la demanda de casación presentada por el defensor del procesado EMILIO SALAMANCA GUERRA, contra el fallo de segundo grado proferido por el Tribunal Superior de Bogotá el 16 de marzo de 2004, confirmatorio, con algunas modificaciones respecto del quantum punitivo, del dictado por el Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de la misma ciudad el 29 de agosto de 2003, por cuyo medio lo condenó como autor penalmente responsable del delito de tentativa de extorsión agravada.

La Procuradora Segunda Delegada para la Casación Penal solicita en su concepto casar oficiosa y parcialmente el fallo atacado, para que la Sala dosifique la pena impuesta con marginación de la circunstancia de agravación genérica no imputada en la acusación.

HECHOS

Los hechos que motivaron este diligenciamiento fueron resumidos por el ad quem en los siguientes términos:

“Se contraen a las llamadas telefónicas efectuadas para el mes de febrero de 1999 a la residencia de Edilson Salamanca Guerra de la calle 144 No. 93 - 17, expresándole amenazas de muerte a él y a su familia si no cancelaba la suma de \$60.000.000 que debía consignar en una cuenta del banco Davivienda”.

“Al pedirse protección al DAS, se rastrearon las llamadas y fue así como el día 11 de ese mes y año, fueron capturados en la calle 42 No. 78 - 09, Efraín Fonseca Mendoza y Emilio Salamanca Guerra, hermano de la víctima, cuando efectuaban la última llamada extorsiva”.

ACTUACIÓN PROCESAL

Con fundamento en la denuncia presentada por Luz Marina Acosta Ardila, la Fiscalía Regional de Bogotá ordenó la correspondiente indagación preliminar y luego de practicadas algunas diligencias declaró abierta la instrucción, en cuyo desarrollo vinculó mediante indagatoria a Efraín Fonseca Mendoza y EMILIO SALAMANCA GUERRA, definiéndoles su situación jurídica, al primero, con medida de aseguramiento de detención preventiva sin derecho a libertad provisional como posible autor del delito de tentativa de extorsión agravada en razón de la cuantía y al segundo absteniéndose de afectarlo con medida de similar naturaleza.

Dado que Efraín Fonseca se acogió a sentencia anticipada, se dispuso la correspondiente ruptura de la unidad procesal y continuó el diligenciamiento respecto de EMILIO SALAMANCA GUERRA.

Cerrada la fase instructiva, la Fiscalía calificó el mérito del sumario el 19 de octubre de 1999 con preclusión de la investigación adelantada contra el mencionado

ciudadano, providencia que al ser objeto de consulta ante la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, fue revocada para, en su lugar, acusar al inculcado mediante decisión del 1º de febrero de 2001 como presunto autor del delito de tentativa de extorsión agravada e imponerle medida de aseguramiento de detención preventiva sin derecho a libertad provisional, la cual cobró ejecutoria el 9 de marzo siguiente.

La etapa del juicio fue adelantada por el Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de Bogotá, despacho que a través de auto del 11 de diciembre de 2001 concedió la libertad provisional al acusado por haber reparado integralmente los perjuicios ocasionados con el delito.

Una vez surtido el rito dispuesto por el legislador se profirió fallo el 29 de agosto de 2003, por cuyo medio EMILIO SALAMANCA GUERRA fue condenado a la pena principal de setenta y cinco (75) meses de prisión, a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y al pago de la correspondiente indemnización de perjuicios en favor de la víctima, como autor penalmente responsable del delito de tentativa de extorsión agravada por la cuantía.

En la misma providencia le negó el subrogado penal de la condena de ejecución condicional y ordenó su captura.

La defensa interpuso recurso de apelación contra el fallo de primer grado y el Tribunal Superior de Bogotá lo confirmó mediante sentencia del 16 de marzo de 2004, pero rebajó la pena principal de prisión a sesenta (60) meses; dicha providencia fue impugnada por el defensor del procesado mediante el recurso extraordinario de casación que ahora se decide.

LA DEMANDA

Al amparo de la causal primera de casación, cuerpo primero, el recurrente formula un cargo contra el fallo de segundo grado por violación directa del artículo 374 del derogado estatuto penal, en cuanto considera que no fue aplicado al dosificar la pena de su representado.

En punto de la demostración de la censura aduce que ante la presencia de circunstancias genéricas de agravación y atenuación de la pena, los falladores manifestaron que debían partir de 70 meses de prisión, rubro que corresponde a menos de la mitad de la diferencia entre 24 y 180 meses; no obstante, al incrementar dicho quantum en razón de la circunstancia de agravación por la cuantía, aumentaron 50 meses, que no corresponden a la tercera parte, pues ésta equivale a 23 meses y 10 días, lo que hubiera permitido obtener una pena de 93 meses y 10 días.

Agrega que el último resultado anotado debe reducirse “en las 2,5 cuartas partes, conforme al art. 374 del C.P. de 1980”, término en el cual se ubicaron los sentenciadores para establecer la pena base, lo que dejaría la sanción a imponer a EMILIO SALAMANCA GUERRA en 35 meses de prisión.

Con base en lo anterior, el demandante solicita a la Corte casar el fallo impugnado, para que mediante sentencia de reemplazo proceda a enmendar el yerro acaecido en la dosificación de la pena impuesta a su procurado.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Afirma la Procuradora Segunda Delegada para la Casación Penal que el reclamo del censor resulta legítimo, pues si bien el Tribunal Superior consultó los criterios legales para establecer la pena de la cual debía partir, misma que incrementó en una tercera parte en razón de la agravación por la cuantía, no efectuó el mismo procedimiento al momento de rebajar la sanción por presentarse la reparación integral de los perjuicios, pues “sin ninguna otra razón, optó por escoger el mínimo de reducción a la que el procesado

tenía derecho”.

Añade que también asiste razón al demandante al referir que el aumento de una tercera parte de la pena, dada la concurrencia de la circunstancia de agravación punitiva determinada por la cuantía, no corresponde a 50 meses, sino a 23 meses y 3 días.

Por tanto, estima la Delegada que el cargo propuesto está llamado a prosperar.

Además de lo anterior, refiere que el sentenciador vulneró el principio de congruencia entre acusación y fallo, pues dedujo en éste la circunstancia genérica de agravación punitiva establecida en el numeral 2º del artículo 66 del derogado Código Penal, con evidente sorprendimiento al procesado y desequilibrio de su derecho de defensa, según lo ha reiterado la Sala, amén de que por tal yerro no se partió del mínimo de pena, sino de un quantum cercano a la mitad.

Por lo expuesto, concluye que la pena de 60 meses de prisión impuesta por el Tribunal Superior excede los límites legales, en atención a que le correspondía tasar la sanción dentro del primer cuarto de movilidad punitiva. Por ello, solicita a la Sala casar el fallo para redosificar la pena de prisión y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Impera precisar que si bien inicialmente correspondería analizar el reproche formulado por el recurrente, encuentra la Sala que por razones de método es necesario pronunciarse previamente acerca de la violación del principio de congruencia entre acusación y fallo que señala la Procuradora Delegada, en la medida en que ello va a tener injerencia directa en la individualización de la pena y, desde luego, en la queja del censor sobre el particular.

Pues bien, en la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en relación con la temática propuesta por la defensa y precisada por el Ministerio Público, esto es, sobre la dosificación de la pena que corresponde purgar al procesado por su deducida responsabilidad penal frente al delito de tentativa de extorsión agravada, se puntualiza que “como el punible se enmarcó en el grado de tentativa que según términos del art. 22 la pena se reduce en la proporción allí indicada, quedando los extremos punitivos reducidos a 24 meses el mínimo y a 180 meses el máximo”.

“Según el precepto del art. 61 de ese estatuto (Decreto 100 de 1980, se aclara), dentro de los límites señalados por la ley y atendiendo las directrices allí señaladas se individualizará la pena. En el sub lite, considerado el axioma de la gravedad que reviste la conducta desplegada, por la forma reiterada y agresiva en que se hicieron las amenazas de muerte para algún miembro de la familia de la víctima, la intensidad del dolo y la concurrencia de la causal genérica de agravación punitiva del art. 66-2 ibídem, son circunstancias fácticas que impiden aplicar el mínimo de pena previsto en la norma infringida y por ello la dosificación debe partir de 70 meses de prisión”.

“Cabe precisar que si bien la causal de agravación anotada, no fue imputada expresamente en la resolución de acusación, ello es indiferente considerado su carácter objetivo: ‘Los deberes que las relaciones sociales o de parentesco impongan al delincuente respecto del ofendido o perjudicado o de la familia de estos’. Igualmente, por concurrir la circunstancia de atenuación punitiva prevista en el art. 64-1 ejúsdem atinente a la buena conducta anterior del procesado, es por lo que atendiendo las voces del art. 67 de ese mismo cuerpo normativo, no se aplica el máximo de la sanción” (subrayas fuera de texto).

“La pena anotada se debe incrementar en una tercera parte por razón de la cuantía del ilícito (art. 372-1), para un subtotal de 120 meses, pero como el acusado reparó los perjuicios causados con la infracción haciéndose merecedor a que se le reduzca la

pena en la mitad (art. 374), y serán sesenta (60) meses los que definitiva debe purgar como autor de la infracción”.

Ahora, tiene dicho la Sala que “en el campo punitivo dentro del código actual (Ley 599 de 2000, se aclara), las circunstancias genéricas de agravación, tienen una repercusión importante, tanto cualitativa como cuantitativa en la pena, que en el régimen anterior podría no tener la misma connotación, dada la discrecionalidad concedida al juez para aumentar la pena dentro de los límites de la norma que tipificaba el tipo y la pena aplicables. Empero, conforme al artículo 61 actual, el ámbito punitivo puede moverse hasta los cuartos medios y aun al cuarto máximo, cuando sólo concurren circunstancias de mayor punibilidad, lo cual eleva considerablemente la pena cuando por la naturaleza de la conducta punible, la pena principal es significativamente alta. Por esta razón, la acusación debe ser lo suficientemente explícita”¹ (subrayas fuera de texto), es decir, las circunstancias de agravación punitiva, o de mayor punibilidad como ahora se denominan, deben estar atribuidas en la resolución acusatoria de manera expresa, tanto fáctica como jurídicamente, para que puedan ser consideradas en el fallo, pues de lo contrario se atentaría contra el principio de congruencia entre acusación y fallo².

En el asunto que concita la atención de la Sala se observa que la circunstancia de agravación punitiva determinada por las relaciones de parentesco entre el sujeto activo y el ofendido o perjudicado (numeral 2º del artículo 66 del Decreto 100 de 1980, el cual corresponde al numeral 7º del artículo 58 de la Ley 599 de 2000) que fuera tomada en cuenta en el momento de individualización de la pena, no fue imputada de manera explícita en la resolución de acusación, motivo por el cual determinó que en el fallo la pena no partiera del límite mínimo, sino de un quantum cercano a la mitad entre los extremos punitivos mínimo y máximo, situación que como atrás se dijo, quebranta el principio de congruencia entre acusación y sentencia y deriva un perjuicio para el inculcado, por cuanto la pena que le corresponde es menor a la que finalmente le fue

impuesta.

Así las cosas, no queda a la Sala camino diverso a seguir que el de casar parcialmente el fallo objeto de impugnación sólo en relación a la dosificación de la pena, a fin de marginar dicha circunstancia de mayor punibilidad y corregir los yerros que por tal razón se cometieron en la individualización de la sanción impuesta a EMILIO SALAMANCA GUERRA, a lo cual se procede de inmediato.

Fallo parcial de reemplazo.

El artículo 355 del Decreto 100 de 1980, modificado por el artículo 32 de la Ley 40 de 1993, vigente para cuando se cometió el comportamiento investigado, dispone una sanción de 48 a 240 meses para el delito de extorsión, mientras que el artículo 244 de la Ley 599 de 2000 sanciona tal conducta con pena de 96 a 180 meses de prisión, de donde se desprende que la primera de las normas mencionadas resulta más favorable, si de imponer el mínimo de la sanción se trata, como ocurre en este asunto.

Ahora, dada la concurrencia de la circunstancia de agravación punitiva determinada por la cuantía, la pena debe incrementarse de una tercera parte a la mitad, es decir, puede oscilar entre 64 y 360 meses de prisión, pena que por tratarse de un comportamiento en grado de tentativa no podrá ser menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo, es decir, se ubica entre 32 y 270 meses de prisión.

Dada la marginación de la causal de agravación que fue deducida en la sentencia sin haber sido imputada explícitamente en la acusación y ante la presencia de la circunstancia de menor punibilidad determinada por la buena conducta anterior, se partirá del límite punitivo mínimo, 32 meses de prisión.

Ahora, teniendo en cuenta lo expuesto por el ad quem, referido a “la

gravedad que reviste la conducta desplegada, la forma reiterada y agresiva en que se hicieron las amenazas de muerte para algún miembro de la familia de la víctima y la intensidad del dolo”, el mencionado extremo punitivo debe incrementarse en la mitad, 16 meses, para un subtotal de 48 meses de prisión.

Como dicho quantum debe disminuirse de “la mitad a las tres cuartas partes”, es decir, entre 24 y 36 meses por presentarse la reparación integral de los perjuicios ocasionados, deben tenerse en cuenta para ello los factores indicados en el párrafo anterior, como con razón lo ha solicitado la defensa y el Ministerio Público y en consecuencia, resulta proporcional tasar la disminución en 30 meses, todo lo cual arroja un guarismo definitivo de 18 meses de prisión. En igual término se dosifica la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas que le fue impuesta.

Por lo expuesto, la SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. CASAR la sentencia recurrida, exclusivamente en cuanto se refiere a la dosificación de la pena impuesta, por las razones expuestas en la anterior motivación.

2. SEÑALAR, en consecuencia, que EMILIO SALAMANCA GUERRA en su condición de autor penalmente responsable del delito de extorsión agravada en grado de tentativa queda condenado a purgar la pena principal de dieciocho (18) meses de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

3. En lo demás el fallo impugnado se mantiene incólume.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

MAURO SOLARTE PORTILLA

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

MARINA PULIDO DE BARÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANES

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTÍZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Sentencia del 23 de septiembre de 2003. Rad. 16320.

2 Ver sentencias del 15 de septiembre de 2004. Rad. 14128 y del 27 de octubre de 2004. Rad. 19777, entre otras.