

Proceso No 24052

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

APROBADO ACTA No. 23

Bogotá, D. C., catorce (14) de marzo del dos mil seis (2006).

ASUNTO

Se decide el recurso de casación interpuesto por el defensor de JOSÉ ROMERO GONZÁLEZ y ÉDGAR ENRIQUE RAMÍREZ ENCISO contra el fallo dictado por el Tribunal Superior de Bogotá el 27 de abril del 2005, que confirmó con modificaciones el expedido el 1º de abril por el Juzgado 2º Penal Municipal de la misma ciudad.

HECHOS

A finales del mes de enero del 2005, Jorge Enrique Mariño informó al Gaula que desde el día 11 de ese mes venía recibiendo llamadas extorsivas de quien decía pertenecer al grupo subversivo FARC, exigiéndole la suma de \$ 10 millones para no secuestrarlo o darle muerte a él o a su hijo. El operativo que el 11 de febrero organizaron los agentes del Estado, permitió la captura de JOSÉ ROMERO GONZÁLEZ y ÉDGAR ENRIQUE RAMÍREZ ENCISO en el preciso instante en que se comunicaban telefónicamente con la víctima.

ACTUACIÓN PROCESAL

El 12 de febrero del 2005, el juez 9º penal municipal de Bogotá con función de control de garantías realizó las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de la imputación e imposición de medida de aseguramiento, oportunidad en la que los señores ROMERO y RAMÍREZ se allanaron al cargo que se les hizo por el delito de extorsión agravado, en la modalidad de tentativa.

Presentado el 11 de marzo el escrito de acusación, mediante sentencia del 1º de abril el Juzgado 2º Penal Municipal condenó a los procesados a 32 meses de prisión, multa por valor equivalente a 500 salarios mínimos legales mensuales e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 32 meses. Además, ordenó la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Inconforme con el fallo en cuanto a la cantidad de pena impuesta, la fiscalía interpuso recurso de apelación. De ajustarse como corresponde, agregó, debe además revocarse el subrogado porque se supera el mínimo punitivo previsto en el artículo 63 del Código Penal.

El Tribunal Superior, por sentencia del 27 de abril, modificó la providencia impugnada para aumentar la pena de prisión a 36 meses y revocar lo relativo a la suspensión de su ejecución, por expresa prohibición del artículo 11 de la Ley 733 del 2002.

Dentro de los 60 días siguientes a la notificación del fallo, el defensor de los procesados presentó la demanda de casación que, pese al insuficiente desarrollo del cargo, fue admitida por la Corte por auto del 21 de septiembre del 2005, en atención a los fines del recurso. Por ello, convocó a los sujetos procesales y a los intervinientes a la audiencia de sustentación que establece el último inciso del artículo 184 del Código de Procedimiento Penal, instando a los citados a que se pronunciaran, además de los temas tratados por el libelista, sobre dos puntos específicos: i) la vigencia de la Ley 733 del 2002 y su aplicación a los delitos cometidos con posterioridad al 1º de enero del 2005, y ii) la

vulneración del principio de prohibición de la reforma en perjuicio.

LA DEMANDA

El defensor censuró la sentencia de segundo grado por violación directa de la ley sustancial, motivada por la aplicación indebida del artículo 11 de la Ley 733 del 2002 y la falta de aplicación del artículo 63 del Código Penal.

Sostuvo que la prohibición consagrada en aquella norma se estableció únicamente para las conductas relacionadas con el terrorismo, como quedó consignado en la ponencia para primer debate del proyecto de ley, en la que se dijo de manera expresa que “quienes hacen terrorismo son quienes secuestran y extorsionan”.

Después de señalar las particularidades del caso, que muestran que la condena no superó los 36 meses de prisión; el delito se cometió en grado de tentativa; la víctima fue indemnizada; los procesados no registran antecedentes, son padres cabeza de familia, no presentan peligro para la víctima ni para la comunidad, no pertenecen a grupos de delincuencia organizada y han observado buena conducta, concluyó que se daban los requisitos objetivo y subjetivo que para la suspensión condicional de la ejecución de la pena contempla el artículo 63 del Código Penal.

Añadió que si los requisitos del tipo punible de extorsión no fueron satisfechos porque la conducta apenas alcanzó el grado de tentativa, tampoco podía aplicarse la Ley 733 del 2002 que sólo incorpora reglas para el delito de extorsión, no para la tentativa.

INTERVENCIONES EN AUDIENCIA

El presidente de la audiencia instó a los intervinientes para que expresaran sus criterios sobre los tres puntos que versa el debate: i) si se requiere la finalidad terrorista en los

delitos a que se refiere la Ley 733 del 2002, como lo sostiene el demandante; ii) si la ley se encuentra vigente y se aplica a los delitos cometidos con posterioridad al 1º de enero del 2005, y iii) si se vulneró el principio de la prohibición de reforma en peor, no obstante que el recurso de apelación fue presentado por la Fiscalía General de la Nación.

1. Sobre el primer tema, el defensor afirmó que, como dicen Dworkin y Hart, se deben mirar los antecedentes subjetivos de las normas penales. Todas las naciones consideran unos presupuestos hipotéticos y a ellos les asignan una sanción o una protección o los consideran indiferentes.

En el caso preciso de la extorsión, se hizo importante en nuestra legislación asignarle una sanción más drástica porque el delito se volvió la herramienta principal de los grupos terroristas. Sin embargo, no toda la nación está al margen de la ley y a pesar de los conflictos internos sigue teniendo gente normal y sigue desenvolviéndose en una economía normal, no de guerra. Los antecedentes que dieron origen a la Ley 733 del 2002 se refieren a los movimientos terroristas, que tanto daño le han hecho al orden público. Entonces, traer esos antecedentes para juzgar a dos personas que están bien lejos de pertenecer a una de esas organizaciones, resulta injusto.

El agente del ministerio público recordó que la demanda se refirió a dos aspectos: i) que según los antecedentes de la ley, ésta tenía sólo como destinatarios a los autores de delitos de extorsión, secuestro y terrorismo ejecutados por grupos al margen de la ley con fines terroristas; y ii) que el precepto se refiere únicamente al delito consumado y no a la tentativa.

Con relación al primer punto, señaló que por sentencia C-762 del 2002 la Corte Constitucional declaró exequible ese precepto, como ya lo había hecho en el fallo C-213 de 1994 respecto de una norma de contenido similar, el artículo 15 de la Ley 40 de 1993. En ninguna de esas ocasiones, la Corte condicionó la aplicación o siquiera dejó entrever que

esa normativa sólo se aplicaba a aquellos delitos que tuvieran fines terroristas.

Expresamente destacó que con la exclusión de beneficios y subrogados lo que se busca es evitar que resulte nugatorio, desproporcionado o irrisorio el reproche impuesto para los delitos más graves y de mayor impacto social, como el terrorismo, el secuestro, la extorsión y sus conexos. También dijo que la eliminación de esos beneficios y subrogados, si bien era un negocio que persistía o una industria de los grupos subversivos, paramilitares y de narcotraficantes, igualmente era un negocio de la delincuencia común.

En cuanto al segundo tema, dijo que el demandante confunde el delito tentado con la tentativa de un delito determinado, como si existiera el delito de tentativa en sí. Estimó que el precepto se refiere al delito consumado y a la tentativa, porque las razones de política legislativa que llevan a la protección del delito consumado son las mismas del delito tentado ya que, tratándose de la protección del bien jurídico, se debe reprimir tanto el daño como el peligro que lo pueda afectar.

El fiscal delegado anotó que el proyecto de ley fue presentado inicialmente con la finalidad de erradicar el secuestro y la extorsión, y luego se adicionó el terrorismo. Agregó que en la exposición de motivos se aludió tanto a los grupos subversivos y narcotraficantes, como a la delincuencia común y al paramilitarismo.

Del título de la ley 733, “por medio de la cual se dictan normas tendientes a erradicar los delitos de secuestro, terrorismo y extorsión y se expiden otras disposiciones”, se concluye que el legislador no quiso conectar el delito de terrorismo a los de secuestro y extorsión, sino que los consideró independientes. Por eso el artículo 11 hace referencia a los delitos de terrorismo, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión y conexos.

2. Sobre el segundo tema, el defensor se limitó a decir que consideraba vigente la Ley 733.

El procurador delegado, por su parte, aludió a la coexistencia de leyes porque, según el artículo 3º de la Ley 153 de 1887, la Ley 906 -en virtud de su vigencia gradual- no podía derogar la Ley 733 ya que toda derogatoria tiene que ser total y no parcial. Lo que ocurre es que la ley 733 no es aplicable a los delitos cometidos con posterioridad al 1º de enero del 2005, porque los preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y los imputados no tienen en la Ley 906 limitaciones subjetivas ni objetivas. El artículo 349 del nuevo estatuto procesal sólo impone como condición a quienes hubiesen incrementado su patrimonio con la conducta punible, que reintegren la mitad y aseguren el pago del remanente.

Uno de los objetivos perseguidos por el legislador con el nuevo sistema procesal, sin descuidar el respeto absoluto por la defensa y el debido proceso, fue el de la celeridad del proceso mediante la confluencia de voluntades y el consenso en la solución del conflicto, que obedece a los fines esenciales del Estado social de derecho de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan, según el artículo 2º de la [constitución política](#).

El consenso es un componente esencial de la administración de justicia, como lo afirmó la Corte Suprema en la sentencia de casación del 23 de agosto del 2005.

Dentro de todo ese marco normativo, el artículo 474 de la ley 906 del 2004 se debe interpretar sistemáticamente en forma ponderada y armónica con los principios perfilados por el nuevo código de corte acusatorio, en cuanto señala que para conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena se dará cumplimiento a lo dispuesto en el Código Penal, en el entendido que la remisión a los artículos 63 y siguientes la hace sin exclusiones que impidan otorgarla con relación a algún delito.

Para el fiscal delegado, algunos apartes del artículo 11 de la Ley 733 han dejado de tener vigencia en Bogotá y en el eje cafetero y progresivamente la irán perdiendo en los demás distritos judiciales. Son los relacionados con la improcedencia de la rebaja de

pena por sentencia anticipada y confesión y la exclusión de cualquier beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal. Y han dejado de tener vigencia en estos distritos, porque expresiones como sentencia anticipada, confesión y beneficios por colaboración carecen de referente en la nueva legislación.

En cambio sí subsiste la prohibición de otorgar los subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena, como la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la libertad condicional o la prisión domiciliaria, figuras que son eminentemente sustantivas.

Cuando el Tribunal negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena, lo que hizo fue aplicar la ley vigente y por eso la sentencia no quebrantó ninguna norma legal.

3. Frente al tercer tema, el defensor adujo que la fiscalía no solicitó que se revocara el subrogado con fundamento en la Ley 733, sino que se aumentara la pena y se negara el beneficio porque ya no se cumplirían los presupuestos del artículo 63 del Código Penal. Por lo tanto el Tribunal no podía revocar el subrogado pues, a pesar del incremento punitivo, aún se daban los requisitos formales para concederlo.

Se violó en consecuencia la prohibición de la reforma en peor, porque el Tribunal incorporó a su decisión el artículo 11 de la Ley 733 sin que la fiscalía lo hubiese solicitado.

El procurador delegado dijo que como al delito concurrió una circunstancia de agravación, por consistir el constreñimiento en amenaza de ejecutar muerte, lesión o secuestro, la pena de prisión se debía aumentar hasta en una tercera parte.

Sin embargo, no obstante que según el artículo 60 del Código Penal cuando la pena se aumenta hasta en una proporción ésta se aplicará únicamente al máximo, el juez penal municipal lo hizo también al mínimo. Además, no redujo por la tentativa la mitad del

mínimo del tipo básico sino de la pena de prisión ya individualizada, lo que se tradujo en dos consecuencias: 1) que al menos el límite mínimo del ámbito de movilidad no coincidía con el que legalmente correspondía; y, 2) que no se cumplió el propósito expreso de imponer el mínimo legal.

El Tribunal no hizo ningún reparo a la errada metodología del A quo, sino que incrementó la pena de 32 a 36 meses de prisión y con un nuevo argumento le negó el subrogado, por la prohibición expresa del artículo 11 de la Ley 733 del 2002.

La fiscalía insistió en el aumento de la pena a partir no del cuarto mínimo sino de los cuartos medios a través de un motivo fundamental que fue el de la coparticipación de los acusados en la comisión del delito. Y aunque esta circunstancia no aparece imputada a los acusados en la audiencia preliminar, el Tribunal estuvo de acuerdo con la fiscalía que ese motivo sí tuvo existencia legal y, de forma poco clara, a pesar de que la ley establece que cuando concurren circunstancias específicas de atenuación y de agravación se debe partir de los cuartos medios, se ubicó en el primer cuarto, pero no en el mínimo como lo había hecho el juez municipal sino en el tope máximo.

Como esa circunstancia no fue imputada, se violó la prohibición de reforma en peor porque uno de los principios básicos del sistema acusatorio es el de limitar las facultades del superior en sede de apelación, como corresponde a un sistema de partes.

También se desconoció el principio porque respecto del subrogado penal se adujo un argumento no expuesto por las partes.

El fiscal delegado afirmó que el fallo impugnado se debe mantener, porque i) la coparticipación es un elemento objetivo que no puede ser discutido si se está condenando a dos personas por un delito, así no se haya dicho expresamente, porque era de la esencia que se estaba juzgando a dos personas por una extorsión; y, ii) el artículo 11 de la Ley 733 es claro en prohibir el subrogado.

CONSIDERACIONES

La Sala se ocupará del estudio de los temas debatidos en la audiencia de sustentación, excepto el relativo a la finalidad terrorista que según la demanda se exige en los delitos a que se refiere el artículo 11 de la Ley 733 del 2002, análisis que no será necesario realizar dada la derogatoria tácita del precepto que, como se verá, se ha producido en virtud de la expedición de las Leyes 890 y 906 del 2004. Se examinará así mismo lo atinente a la dosificación punitiva, atendiendo los argumentos que sobre el particular presentó el procurador delegado.

I. Vigencia del artículo 11 de la Ley 733 del 2002.

El artículo 11 de la Ley 733 del 2002, dictada al amparo de los códigos penal y de procedimiento penal del 2000, estableció una serie de prohibiciones para los procesados por delitos de terrorismo, secuestro, secuestro extorsivo y extorsión, quienes no pueden disfrutar de rebajas de pena por sentencia anticipada y confesión, suspensión condicional de la ejecución de la pena, libertad condicional, prisión domiciliaria, ni ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, excepto los beneficios por colaboración previstos en el estatuto procesal.

De esta manera, se modificaron parcialmente los artículos 38, 63 y 64 del Código Penal y 40, 283, 357 parágrafo, 480, 481 y 494 del Código de Procedimiento Penal, en el sentido de entender incluida la prohibición en cada uno de sus textos.

La posterior expedición de las Leyes 890 y 906 del 2004, reformatoria del Código Penal la primera y abrogatoria del Código de Procedimiento Penal la segunda para juzgar las conductas cometidas después del 1º de enero del 2005, introdujo algunos cambios en las normas de exclusión o suprimió algunas instituciones y adoptó otras, lo que obliga a estudiar la vigencia de cada una de las prohibiciones contenidas en la reseñada Ley 733 frente a los nuevos estatutos y, particularmente, al sistema procesal adoptado a

partir del Acto Legislativo 03 del 2002, desarrollado por las ya citadas leyes del 2004.

No se trata, como lo dijo la Corte en la sentencia del 25 de agosto del 2005, radicado 21.954, de un simple cambio de código sino de una trascendental variación del sistema,

[d]iseñado para que a través de las negociaciones y acuerdos se finiquiten los procesos penales, siendo esta alternativa la que en mayor porcentaje resolverán los conflictos, obviamente sin desconocer los derechos de las víctimas y de los terceros afectados con la comisión de la conducta punible, partes que en este esquema recobran un mayor protagonismo dentro del marco de justicia restaurativa.

Así las cosas, teniendo en cuenta la estructura del proceso penal, la idea es que el mismo se finiquite de manera “anormal”, es decir, a través de la “terminación anticipada”, procurándose que ésta sea la vía que normalmente de fin a la actuación con sentencia condenatoria, ya que, se repite, la concepción filosófica que constitucional y legalmente sustentan el sistema conduce a que así se culminen la mayoría de las actuaciones, pues no de otra manera se explicaría la razón por la cual se incluyeron los preacuerdos, las negociaciones e, incluso, el principio de oportunidad, institutos que, sin lugar a dudas, buscan, dentro del respeto de las garantías y derechos fundamentales de las partes e intervinientes, la efectividad material de la administración de justicia dentro del marco propio de celeridad y economía.

Estas negociaciones entre fiscalía e imputado o acusado no se refieren únicamente a la cantidad de pena imponible sino, como lo prevé el inciso 2º del artículo 351, a los hechos imputados y sus consecuencias, preacuerdos que “obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales”.

Que la negociación pueda extenderse a las consecuencias de la conducta punible imputada, claramente diferenciadas de las relativas propiamente a la pena porque a ellas se refiere el inciso 1º del mismo artículo, significa que también se podrá

preacordar sobre la ejecución de la pena (prisión domiciliaria o suspensión condicional) y sobre las reparaciones a la víctima, sólo que en este caso ésta podrá rehusar los preacuerdos y “acudir a las vías judiciales pertinentes” según lo prevé el inciso final del artículo en mención.

La radical transformación del sistema procesal introdujo obviamente sustanciales cambios en todo el ordenamiento penal, porque también la interpretación de las normas que no han tenido variación en sí mismas tendrá que hacerse considerando el conjunto dentro del que se hallan insertas, como lo enseña el artículo 30 del Código Civil, al disponer que “El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía”.

Lo dicho implica que para examinar la vigencia de las prohibiciones consagradas en el artículo 11 de la Ley 733 del 2002, puede optarse por una de estas vías: i) confrontar las modificaciones concretas que ha sufrido el instituto correspondiente, en razón de normas posteriores o, ii) gracias a una labor hermenéutica que aprecie en su integridad el sistema penal, verificar si la prohibición respecto de una determinada figura puede entenderse insubsistente.

La primera tarea ya fue abordada por la Corte a propósito de la libertad condicional y de la redención de pena por trabajo o estudio (sentencias de tutela del 7 de diciembre del 2005, radicado 23.322, y del 7 de febrero del 2006, radicado 24.136), para concluir que en esos aspectos el artículo 11 había sido derogado tácitamente.

Se dijo en la última de las mencionadas providencias que:

[c]on posterioridad a esa norma se expidieron las Leyes 890 y 906 del 2004, en las que se incluyeron disposiciones que aluden a los mismos institutos mencionados en el citado artículo 11 pero sin establecer las prohibiciones que en él se señalan, lo cual implica su tácita derogatoria, como ya lo había dicho la Corte en la sentencia de tutela del 7 de

diciembre del 2005, radicado 23.322, si bien referido únicamente a la libertad condicional.

Así se expresó la Sala:

En efecto, una norma de carácter general como el artículo 64 de la ley 599 de 2000, por virtud del artículo 11 de la ley 733 de 2002 vio limitados sus alcances, en el sentido que a partir de la vigencia de esta última disposición hacia delante, los condenados por la comisión de los delitos de extorsión, no tendrían derecho a la libertad condicional, así cumplieran las tres quintas partes de la pena y muy a pesar de que su conducta en el establecimiento carcelario fuese ejemplar como consecuencia de las bondades relativas de la prevención especial y la resocialización.

De esta manera, es evidente que los artículos 64 de la ley 599 de 2000 y 11 de la ley 733 de 2002, conforman en materia de libertad condicional la proposición jurídica completa. En efecto, las dos disposiciones regulaban de manera integral la materia y por tanto, al disponer el artículo 5 de la ley 890 de 2004, que la libertad condicional procede para todos los delitos, derogó en conjunto las disposiciones anteriores.

Ello significa que a partir de la expedición de la ley 890 de 2004, vigente a partir del 1 de enero de 2005, los requisitos, para aquellos condenados que antes estaban excluidos de la posibilidad de acceder a la libertad condicional por la naturaleza del delito que ejecutaron, ahora la tienen, siempre que se cumplan y se superen las exigencias normativamente previstas, esto es, la valoración acerca de la gravedad de la conducta, el cumplimiento de la dos terceras partes de la pena y que su conducta en el establecimiento carcelario permita deducir que no existe necesidad de continuar con la ejecución de la pena.

Además, haciendo énfasis en principios de justicia restaurativa, deberá acreditarse la reparación a la víctima y de otra el pago total de la multa

La redacción de las normas en conflicto, de otra parte, permiten aseverar fundadamente que fue voluntad del legislador no excluir de la posibilidad de la libertad condicional a los condenados por el delito de extorsión. En efecto, en el artículo 5 de la ley 890 de 2004, expresamente se le otorgó al juez la potestad de analizar la gravedad de la conducta, que es un presupuesto que no lo consideraba el original artículo 64 de la ley 599 de 2000 y que le permitirá al juez en el ámbito de su autonomía ponderar la tensión entre la gravedad del injusto y los derechos del convicto para establecer la necesidad de cumplir los fines de la pena en el marco de la prevención especial y de la resocialización, como fines de la pena (artículo 4 de la ley 599 de 2000).

En otras palabras, lo dicho significa que la gravedad de la conducta no puede analizarse a partir de una interpretación simplemente histórica de las disposiciones normativas, sino desde la óptica de un lenguaje relacional en el cual se ponderen los derechos del convicto (la libertad) y la necesidad de justicia (la restricción a la libertad), para lo cual se deberá tener en cuenta la modalidad de la conducta, la entidad del injusto, la ponderación del aporte y la afectación concreta al bien jurídico en el caso concreto, entre otros aspectos.

Se requiere, además, haber cumplido las dos terceras partes de la pena - no las tres quintas como lo exigía el original artículo 64 de la ley 599 de 2000 -, reparar los agravios a las víctimas y pagar la multa impuesta en el fallo, entre otras exigencias que no se consideraban en la legislación precedente, en el marco por supuesto de las concretas posibilidades para hacerlo en cada caso concreto.

Quinto: Como se acaba de destacar, el artículo 5 de la ley 890 de 2004 derogó tácitamente el 64 de la ley 599 de 2000, modificado por la ley 733 de 2002, en lo que tiene que ver con los presupuestos relacionados con la libertad condicional (otras prohibiciones como la de acceder a la sentencia anticipada deben examinarse en concreto y respetando el instituto específico de que se trata), de manera que por virtud del principio de favorabilidad es aplicable el artículo 5 de la primera ley, en tanto

genera mayores posibilidades de acceder a la libertad condicional, las cuales no se pueden rehusar con argumentos de competencia, que en nada inciden tratándose de una reforma eminentemente sustancial.

Similares reflexiones e idéntica conclusión cabe hacer respecto de la prohibición de conceder beneficios incluida en el mismo artículo 11, particularmente el de redención de pena por trabajo o estudio, pues el artículo 472 de la Ley 906 no reprodujo ninguna excepción relacionada con la clase de delito cometido, sino que de manera general dijo en su inciso 3º:

La reducción de las penas por trabajo y estudio, al igual que cualquier otra rebaja de pena que establezca la ley, se tendrá en cuenta como parte cumplida de la pena impuesta o que pudiere imponerse.

Es claro que si la voluntad legislativa hubiese sido la de mantener la prohibición, la habría incluido en el texto de este inciso o en cualquiera otra norma del nuevo estatuto procesal, de manera que no hacerlo equivale a derogarla tácitamente.

La Sala estima conveniente destacar ahora esta última tesis que apunta a la necesidad de una afirmación legislativa inequívoca respecto de las prohibiciones del artículo 11, para precisar justamente que esa exigencia, apenas mencionada en la sentencia de tutela transcrita, es la consecuencia obvia de la profunda transformación que se ha producido en el ordenamiento con la adopción de la institución de los preacuerdos, acuerdos y negociaciones.

Un derecho premial, que admite pactar sobre todas las consecuencias de la aceptación de la imputación, no sólo de las penales sino también de las civiles y, entre aquéllas, además de la cantidad de sanción también respecto de las condiciones para su ejecución; y que apoya su efectividad precisamente en el sistema de negociaciones porque de lo contrario colapsaría¹

, no tolera exclusiones generalizadas como las consignadas en la Ley 733 del 2002, a menos que por razones de política criminal, pensadas y adoptadas dentro de esa nueva realidad, se haga expresa e inequívoca -se insiste- la voluntad legislativa de establecer algunas prohibiciones al régimen de negociaciones.

Por lo tanto, si la prisión domiciliaria y la suspensión condicional de la ejecución de la pena pueden ser materia de convenio entre fiscalía e imputado y ese preacuerdo obliga al juez a menos que desconozca garantías fundamentales, que la nueva ley no hubiera establecido ninguna cortapisa implica que la prohibición para concederlas respecto de determinados delitos ha desaparecido.

Lo dicho cobra más fuerza frente al subrogado, si se advierte que la institución fue regulada en los artículos 474 y 475 de la Ley 906 del 2004 y no se reprodujo la cláusula de exclusión de la Ley 733 del 2002.

Con relación a la rebaja de pena por sentencia anticipada y por confesión, dado que la primera no guarda identidad con los acuerdos previstos en el nuevo estatuto procesal -como lo concluyó la Corte en las sentencias del 23 de agosto y 14 de diciembre del 2005, radicados 21.954 y 21.347, y la segunda no fue reproducida en el nuevo estatuto ni a la “aceptación por el imputado” a que alude el artículo 283 se le apareja ninguna consecuencia favorable para éste, debe concluirse que las prohibiciones comentadas han quedado insubsistentes.

En síntesis, las prohibiciones contenidas en el artículo 11 de la Ley 733 del 2002 no son aplicables a los delitos de secuestro, extorsión, secuestro extorsivo, terrorismo y conexos cometidos a partir del 1º de enero del 2005 en los distritos en los que rige a plenitud la Ley 906 del 2004, por las siguientes razones:

1. La reducción de pena por sentencia anticipada y por confesión, por insubsistencia de la norma en cuanto ninguna de las figuras aparece reproducida en el nuevo Código de

Procedimiento Penal.

2. La libertad condicional, la redención de pena por trabajo o estudio y la suspensión condicional de la ejecución de la pena, por la derogatoria tácita originada en virtud de la expedición de las Leyes 890 y 906 del 2004, en las que se regulan o se hace referencia a esos institutos, sin establecer prohibiciones en razón de la naturaleza del delito cometido.

3. Respecto de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y de la prisión domiciliaria, la posibilidad de ser acordadas a través de las negociaciones que realicen fiscalía e imputado, convenios que obligan al juez excepto si son lesivos de las garantías fundamentales, no admite exclusiones por la naturaleza del delito a menos que se exprese en contrario una inequívoca voluntad legislativa manifestada a través de una ley que se expida en la nueva y transformada realidad del sistema procesal penal. Entre tanto, la prohibición deviene insubsistente.

II. La prohibición de reforma en peor.

Si uno de los pilares en los que descansa la prohibición de reforma peyorativa es el principio que se expresa en la fórmula *tantum devolutum quantum appellatum*²

, que impone como obligatoria la sustentación del recurso de apelación al punto que no hacerlo implica forzosamente que la impugnación se declare desierta, es claro que el superior no puede pronunciarse sino sobre lo que es materia de discusión.

Y como el recurso no se limita a solicitar una determinada decisión sino que debe indicar las razones por las que la petición ha de ser atendida, a esos dos aspectos se debe reducir el pronunciamiento del *Ad quem* porque de lo contrario excedería la competencia que deriva de la inconformidad del recurrente, circunscrita al contenido del

reclamo.

Estos parámetros, aceptados sin discusión en la teoría del proceso y con mayor arraigo en un sistema que pretende ser de partes, fueron desconocidos en esta actuación por el Tribunal Superior de Bogotá que, convocado por el fiscal a imponer una pena mayor de la que dedujo el juez y a revocar la suspensión de la ejecución de la pena porque el incremento punitivo excluiría objetivamente el subrogado, excedió su competencia para atender la segunda petición pero no por la razón aducida por el impugnante, sino por otra que hasta entonces no había sido expuesta por ninguno de los intervinientes ni por el A quo, sorprendiendo inclusive al propio recurrente: la prohibición consagrada en el artículo 11 de la Ley 733 del 2002.

De lo dicho en los dos ordinales anteriores se concluye que la suspensión condicional de la ejecución de la pena no podía ser revocada por el Tribunal, bien porque el mencionado artículo 11 ha perdido vigencia, ya porque el Ad quem carecía de competencia para pronunciarse sobre un tema que no era objeto de debate.

Por este motivo, se casará la sentencia impugnada y, en su lugar, se confirmará por este aspecto el fallo de primera instancia.

III. La dosificación punitiva.

En criterio del señor Procurador Delegado, el juez de primer grado se equivocó en la tarea de individualización de la pena y el Ad quem no corrigió el yerro.

Como, de ser fundada la crítica, la Corte está habilitada para que en atención a los fines de la casación corrija oficiosamente el fallo, tanto más cuanto que el tema fue presentado en el debate público y ninguno de los intervinientes objetó las observaciones del procurador, se procederá a revisar la decisión para establecer si se han vulnerado las garantías de los procesados y adoptar los correctivos a que haya lugar.

Tanto en la formulación de la imputación efectuada ante el juez de control de garantías como en el escrito de acusación que se presentó al juez de conocimiento una vez que los imputados se allanaron a los cargos, la fiscalía dijo que se procedía por el delito de extorsión –en la modalidad de tentativa- previsto en el artículo 244 del Código Penal, modificado por los artículos 5º de la Ley 733 del 2002 y 14 de la Ley 890 del 2004, agravado por la circunstancia consagrada en el numeral 3º del artículo 245 del mismo código tal como fue modificado por el artículo 6º de la Ley 733 del 2002, pues el constreñimiento se hizo consistir en amenaza de ejecutar muerte, lesión o secuestro.

Con esas bases, el juez determinó la pena de prisión así: estableció que el artículo 244 del Código Penal fijaba la pena entre 144 y 192 meses; aumentó los extremos en una tercera parte en atención al artículo 245 (equivocadamente pues sólo debía incrementar el máximo de acuerdo con el artículo 60-2), para una escala de entre 192 y 256 meses; sumó la tercera parte al mínimo y la mitad al máximo (artículo 14 de la Ley 890 del 2004), de manera que el rango oscilaba entre 256 y 384 meses; dividió en cuartos el ámbito punitivo de movilidad, determinando que en este caso se aplicaba el primer cuarto, de 256 a 288 meses; concluyó que la pena imponible era el mínimo, 256 meses, y la rebajó en la mitad en razón de la tentativa (artículo 27); los 128 meses que así dedujo, los disminuyó en la mitad por el allanamiento a la imputación (artículo 351 del Código de Procedimiento Penal), y finalmente los 64 meses resultantes los redujo a 32, por la reparación integral del daño (artículo 269 del Código Penal).

Idéntica labor realizó con relación a la pena de multa, que fijó en 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La fiscalía apeló la sentencia porque, en virtud de la coparticipación, debió tenerse en cuenta la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el artículo 58-10 del Código Penal y fijar en los cuartos medios el ámbito punitivo de movilidad.

El Tribunal Superior, sin advertir el error inicial del A quo, razonó de esta manera:

Si bien, y como así lo plantea la recurrente, existe una causal genérica de agravación, (artículo 58-10 C. P.), en cuanto participaron en el punible los dos sentenciados, así como la gravedad del comportamiento, al no tener los condenados antecedentes penales y haber observado buena conducta, puesto que no hay constancia en contrario; la pena no puede moverse en los cuartos intermedios sino en el primero, aunque no la pena mínima. Por ello estima la Sala que la imponible será justamente el tope del primer cuarto, esto es, 288 meses de prisión.

Ahora bien tal sanción por virtud de lo dispuesto en la norma 27 ibídem fue rebajada en la primera instancia en la mitad, por razón de tratarse de una tentativa, luego efectuando la misma rebaja, la pena imponible sería la de 144 meses de prisión. La cual se reduce, a su turno, en la mitad, por la aceptación de la culpabilidad, para un total de 72 meses de prisión. De la misma manera, consideró el A-quo y ninguna parte se opuso a ello, que se debía rebajar tal sanción a la mitad, por virtud de lo dispuesto en el artículo 269 del estatuto punitivo, habida consideración que existió indemnización integral de perjuicios, luego conforme a lo anterior la pena será de 36 meses de prisión.

No hizo ningún reparo a la pena de multa, por no haber sido objeto de inconformidad.

Sin embargo, un adecuado trabajo de dosificación punitiva que corrija los yerros en que incurrieron las instancias, debe tener en cuenta que primero se establece la pena que corresponde al tipo básico con el incremento señalado por el artículo 14 de la Ley 890 del 2004; luego se aumenta en consideración a las circunstancias específicas de agravación, observando lo dispuesto por el artículo 60-2 del Código Penal, y se aplica la disminución punitiva por la reparación (artículo 269 id.). Posteriormente se determinan los cuartos a que se refiere el artículo 61 ibídem, atendiendo, para efectos de la selección del ámbito de movilidad, las circunstancias de mayor punibilidad que expresamente

se hubieren imputado fáctica y jurídicamente en la acusación, por lo menos cuando ésta traduce el acuerdo al que llegaron la fiscalía y el imputado, en virtud del allanamiento expresado por éste en la audiencia preliminar.

Después se hacen de manera sucesiva las rebajas punitivas en razón de la tentativa (artículo 27 del Código Penal), y el allanamiento a la imputación (artículo 351 del Código de Procedimiento Penal).

Que en la formulación de la imputación y en el escrito de acusación cuando se produce la aceptación del imputado se deben concretar de manera expresa y desde esa doble perspectiva los cargos, es cuestión que ya definió la Corte en la sentencia del 20 de octubre del 2005, radicado 24.026, en la que se sostuvo:

Aun cuando la Comisión Constitucional Redactora del código no dejó de ocultar su inclinación por una imputación fáctica,³ no debe perderse de vista que la íntima conexión entre el derecho penal sustancial y el instrumental, permite afirmar que éste solo puede ocuparse de la investigación de conductas previamente definidas en la ley, razón por la cual la imputación jurídica resulta siendo esencial, máxime tratándose de la aceptación de cargos o de formas de terminación abreviada del proceso.

Con ello, por lo demás, se garantiza adecuadamente el derecho de defensa, el conocimiento de los hechos que se atribuyen y sus

correspondientes consecuencias jurídicas, y se permite que debido a ese conocimiento, libre y voluntariamente pueda el imputado optar entre aceptar los cargos con miras a lograr una sustancial rebaja de la pena o continuar el juicio para discutir los hechos o su responsabilidad, allegando pruebas en su favor o contravirtiendo las que se aducen en su contra.

Y bien:

El artículo 488 de la ley 906 de 2004, que define el principio de congruencia, dispone que “el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena.”

Esta distinción (hechos por delitos) no corresponde a una mera diferenciación lingüística para brindarle coherencia semántica al texto, sino una referencia explícita a la imperiosa urgencia de guardar la congruencia jurídica, pues son hechos jurídicamente relevantes los que se han de consignar en la decisión acusatoria (artículo 337 del código de procedimiento penal), y que luego en la exposición oral se deberán exponer en forma circunstanciada (artículo 442 idem).

Diríase incluso que en un proceso con todas sus etapas, con controversia probatoria y juicio oral, las exigencias serían menores, pues la narración de los hechos jurídicamente relevantes consignados en el escrito de acusación pueden variar y complementarse en la alegación final en la cual se debe presentar de manera circunstanciada la conducta (artículo 443 de la ley 906 de 2004), mas no así en los procesos abreviados en donde la conducta debe tipificarse con la mayor precisión dado que se renuncia al derecho a no autoincriminarse y a tener un juicio oral y público (artículo 350 numeral 2 ley 906 de 2004).

En ese orden, puede afirmarse que en materia de terminaciones abreviadas del proceso, no es suficiente con la imputación fáctica, pues al aceptar el procesado la responsabilidad debe quedar en claro cual es jurídicamente la conducta por la que se procede, no solo por respeto al principio de lealtad que se materializa en el principio de congruencia, sino porque si se condena al sindicado por una conducta punible diferente, se le vulnera el derecho constitucional a la no autoincriminación al cual renuncia (artículo 33 de la [Constitución Política](#)).

Lo anterior significa que no por realizarse la audiencia de imputación, por lo general

coetáneamente con la de control de legalidad de la captura, la fiscalía resulte exonerada de realizar la correcta adecuación de la conducta, máxime tratándose de comportamientos con perfiles y con consecuencias diversas, aún sí corresponden a diferentes modalidades de riesgo o lesión para el bien jurídico que se tratan en un mismo texto legal con consecuencias similares en relación con la pena considerada en abstracto, pero cuya forma de realización y la lesividad que expresan inciden dramáticamente en los aspectos operacionales de la pena.

Si así es, la tensión entre la eficacia que el modelo persigue y las garantías tiene que resolverse a favor de éstas.

Se recuerda in extenso lo dicho en aquella sentencia, para concluir en ésta que si a los procesados no se les imputó adecuadamente la circunstancia de mayor punibilidad de la coparticipación, el Tribunal no podía considerarla de ninguna manera para afectar la cantidad de pena impuesta, como tampoco podía -porque no fue objeto de impugnación- variar los parámetros que tuvo en cuenta el A quo para fijarla a partir del mínimo del primer cuarto del ámbito de movilidad.

Es decir, si la inconformidad del apelante sólo se dirigió contra la falta de aplicación del artículo 58-10 del Código Penal y su incidencia en la no selección de los cuartos medios, el Ad quem no tenía por qué pronunciarse sobre la gravedad de la conducta para no partir del mínimo sino del máximo del primer cuarto, tanto menos cuanto que en el trabajo de tasación de la pena el A quo tuvo de presente exactamente la misma norma a la que acudió el Tribunal para hacer más gravosa la situación de los procesados.

Con todas estas precisiones, la Sala abordará, como se dijo al inicio de este ordinal, la labor de dosificar la pena para ver si se le infirió algún agravio a los procesados y, en caso positivo, adoptar las medidas correctivas pertinentes:

1. A la pena del tipo básico (artículo 244 del Código Penal, tal como fue modificado por la

Ley 733 del 2002), se le hacen los incrementos ordenados por el artículo 14 de la Ley 890 del 2004, de manera que la escala punitiva oscila entre 192 y 288 meses de prisión y multa de 800 a 1.800 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2. Las cantidades máximas se aumentan una tercera parte por concurrir la circunstancia de agravación del artículo 245-3, lo que arroja una pena de prisión de 192 a 384 meses y multa de 800 a 2.400 salarios.

3. Por la tentativa, la pena se reduce en un 50%, sobre el mínimo, porcentaje que tuvo en cuenta el A quo, para un total parcial de 96 meses de prisión y 400 salarios.

Así, ante la inexistencia de causales de mayor punibilidad, el punto de partida es el mínimo correspondiente al primer cuarto, es decir, 96 meses y 400 salarios.

4. Esta cantidad se rebaja en otro 50% que consideró el juez atendiendo a la reparación prevista en el artículo 269 del Código Penal, para un subtotal de 48 meses y 200 salarios mínimos.

5. Dado que a los procesados se les redujo en la mitad la pena imponible en razón del allanamiento a la imputación, la sanción que en definitiva merecerían es de 24 meses de prisión y multa por valor de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Demostrada en consecuencia la violación de las garantías fundamentales de los señores ROMERO y RAMÍREZ, la sentencia impugnada será también oficiosamente casada en este aspecto por la Corte, y en su lugar fijará la pena que en realidad les corresponde, incluida la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas cuyo término igualó el A quo al de la pena privativa de libertad.

En mérito de 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 de oficio y en su integridad la sentencia del 27 de abril del 2005, adoptada por el Tribunal Superior de Bogotá.

2. En su lugar:

a. Modificar la pena impuesta por el Juzgado 2º Penal Municipal de Bogotá a los señores JOSÉ ROMERO GONZÁLEZ y ÉDGAR ENRIQUE RAMÍREZ ENCISO para fijarla en 24 meses de prisión, multa por la suma de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la privación de libertad.

b. Confirmar el fallo de primera instancia en cuanto otorgó a los procesados la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Contra esta decisión no procede ningún recurso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MAURO SOLARTE PORTILLA

Aclaración de voto

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

ÉDGAR LOMBANA TRUJILLO

ÁLVARO O. PÉREZ PINZÓN

MARINA PULIDO DE BARÓN

JORGE L. QUINTERO MILANÉS

Aclaración de voto

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 En la aclaración de voto del magistrado Mauro Solarte Portilla a la sentencia del 23 de agosto del 2005, radicado 21.954, se recuerda que “El Chief Justice Burger en el caso Santonello Vs New York señaló que “una reducción del 90 al 80 % en el porcentaje de declaraciones negociadas exigiría que se duplicaran los medios humanos y técnicos (Jueces, Secretarios Judiciales, Jurados, etc.), mientras que la reducción al 70 % exigiría triplicarlos”.

2 Tanto se apela, tanto se devuelve. Lo que no ha sido impugnado, no puede ser fallado de nuevo.

3 En el acta número 27, correspondiente a la sesión del 7 de julio de 2003, se expresó por parte del comisionado Granados, que “la acusación que se plantea en el nuevo sistema es una sencilla imputación fáctica donde se señala por qué a una persona se le está convocando a un juicio y donde la carga de lo que se está afirmando le corresponde también a la fiscalía.”