

Proceso No 26227

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Aprobado Acta No. 139

Bogotá, D.C., treinta de noviembre de dos mil seis.

VISTOS

Se examina en sede de casación la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 19 de mayo de 2006, que confirmó con modificaciones la proferida el 2 de diciembre de 2005 por el Juzgado 32 Penal del Circuito, y en virtud de la cual JHON JAIRO CUESTA LUNA quedó condenado a la pena principal de 7 años de prisión y multa de 2.327 S.M.M.L.V. y a la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena restrictiva de la libertad, como autor del delito de extorsión agravada en grado de tentativa.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. En las sentencias de primer y segundo grado los hechos fueron narrados así:

“JHON JAIRO CUESTA LUNA en asocio de otro sujeto se dedicaron a partir del 26 de octubre de 2005 a realizar llamadas telefónicas a YESID ERNETO (sic) MALAGÓN exigiéndole la entrega de la suma de sesenta millones (\$60.000.000) de pesos, como

colaboración para el bloque Centauros de la ilegal y criminal organización Autodefensas Unidas de Colombia, so pena de colocar una bomba en el establecimiento comercial de propiedad de la víctima en la carrera 72 No. 35 A 19 sur , del barrio Carvajal de esta capital.

“La víctima, por iniciativa propia, adquirió e instaló un equipo de grabación y dio aviso al Gaula de la Policía Nacional, montándose en consecuencia un operativo que culminó el 10 de noviembre de 2005 con la aprehensión del condenado ROMERO REYES cuando realizaba una de las llamadas extorsivas, luego merced a la colaboración del copartícipe aprehendido en flagrancia se logró la identificación del sujeto CUESTA LUNA y su posterior aprehensión gracias a la orden de captura expedida por legítima autoridad”.

El indiciado JHON JAIRO CUESTA LUNA fue presentado ante el Juez de Control de Garantías, quien declaró la legalidad de su captura. Inmediatamente el Fiscal Delegado le formuló la imputación con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 287 de la Ley 906 de 2004, en especial relatando los hechos jurídicamente relevantes y su adecuación típica, la cual concretó al delito de extorsión agravada en grado de tentativa, conforme con lo normado en los artículos 244, 245, 33 y 27 del Código Penal, en calidad de autor.

En presencia de su defensor, el imputado se allanó a los cargos, previa información del juez sobre la naturaleza y consecuencias de dicha figura.

Formulada la imputación el Fiscal solicitó al juez con funciones de control de garantías la imposición de medida de aseguramiento privativa de la libertad de detención preventiva en sitio de reclusión, la que decretó el funcionario judicial.

2. Sentencias de primera y segunda instancia

El diligenciamiento llegó, por reparto, a manos del Juez Treinta y Dos Penal del Circuito de

Bogotá, quien adelantó la audiencia de individualización de la pena y su respectiva sentencia, la cual fue proferida el 9 de febrero de 2006, en la que se condenó al acusado JHON JAIRO CUESTA LUNA a la pena principal de 12 años de prisión y multa de 4.000 salarios mínimos mensuales, y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena restrictiva de la libertad, como autor del delito de extorsión en grado de tentativa.

Por ser relevante para la solución del tema planteado, se destaca que para arribar a esa pena, después de fijar los extremos punitivos y los cuartos de movilidad, el juez consideró que como el procesado estaba incurso en circunstancias de menor y mayor punibilidad, de un lado por la ausencia de antecedentes, y, de otro, por obrar en coparticipación criminal, podía moverse dentro de los cuartos medios –el primero de 12 a 16 años y el segundo de 16 a 28 años-.

Agregó entonces que la conducta juzgada era de extrema gravedad porque había menoscabado dos bienes jurídicos, a lo que se sumaba la forma y modalidad del comportamiento, que causó pánico y zozobra en la persona amenazada, todo lo cual lo llevó a considerar que la pena de prisión debía fijarse en 18 años y la multa en 6.000 salarios mínimos. Pero como el procesado se había allanado a la imputación, se hacía acreedor a una rebaja de una tercera parte, aduciendo que no estaba bien que ante esa conducta la justicia respondiera con el máximo de la rebaja señalada para tales eventos.

La anterior determinación fue impugnada por la defensa, dando lugar al fallo de segunda instancia que hoy se recurre en casación, en el cual, frente al tópico de la pena, se hicieron las siguientes reflexiones:

El Juez de instancia no podía atribuir circunstancias de mayor punibilidad que no fueron imputadas al procesado, razón por la cual, al no concurrir aquéllas, sólo podía

moverse dentro del cuarto mínimo -fijado entre 8 y 12 años-. Avaló, eso sí, la improcedencia de imponer el mínimo de la pena, porque los criterios esgrimidos por el juez de primera instancia se ceñían a los consagrados en el inciso 3º del artículo 61, motivo por el cual aumentó el mínimo previsto en el primer cuarto, “en la misma proporción que lo hizo el a-quo, quedando por tanto en 12 años de prisión”.

En relación con la rebaja por allanamiento, consideró que los argumentos esbozados por el juez de primera instancia para fijar el porcentaje no eran completamente acertados, pues lo que se debía ponderar era el mayor o menor desgaste de la administración de justicia, “como también el material probatorio con el que contaba”. En este caso, adujo, aunque CUESTA LUNA no fue capturado en flagrancia, sí fue delatado por su compañero de fechorías Romero Reyes, hoy condenado, por lo que no podía afirmarse que la sanción a su ilícito proceder tuvo éxito gracias al allanamiento, pues si éste no hubiese ocurrido de todas maneras la Fiscalía contaba con elementos en su contra. Tales razonamientos lo llevaron a considerar que la pena por allanamiento debía disminuirse en un 41.83%, es decir, en 5 años de prisión y 1.673 SMMLV, quedando por tanto una pena a imponer de 7 años de prisión y 2.327 SMMLV, que finalmente impuso.

3. La demanda de casación

La demanda presentada por el defensor se dirige a cuestionar la pena de prisión finalmente impuesta al procesado JHON JAIRO CUESTA LUNA, la cual se califica como ilegal por las siguientes razones:

Recuerda que los extremos de la pena, determinados por el a-quo de conformidad con los artículos 244 y 245-3 de la Ley 599 de 2000 y la modificación de la Ley 890 de 2004, con apego al artículo 27 ibídem atendiendo al carácter tentado del ilícito, quedaron cifrados entre 8 y 24 años de prisión, los cuales al dividirse en cuartos, se

obtuvo uno primero entre 8 y 12 años; el segundo de 12 a 16; el tercero de 16 a 20; y el cuarto de 20 a 24 años.

Sostiene que el fallador de primera instancia partió del tercer cuarto medio, aumentando su extremo mínimo en dos años más, esto es 18 años de prisión, a los cuales por la aceptación de cargos en la primera audiencia preliminar rebajó una tercera parte, obteniendo una pena de 12 años de prisión, que finalmente impuso.

No obstante, el Tribunal no respetó ese parámetro, pues al descartar la circunstancia de mayor punibilidad y moverse dentro del cuarto mínimo, que oscila entre 8 a 12 años, decidió tomar el extremo máximo de 12 años, tras anunciar que compartía los criterios de dosificación aducidos por el juez de primera instancia con base en el artículo 61 del Código Penal.

Para el defensor, el razonamiento del Tribunal es equivocado porque el juez sólo aumentó 2 años al mínimo del segundo cuarto medio del que partió, es decir, de 16 años llegó a 18, parámetro que debió respetar el juzgador de segunda instancia.

Agrega que al ponderar la gravedad del delito, la sanción se impuso con severidad y desigualdad frente al coautor José Giovanni Romero Reyes, a quien en sentencia independiente se le condenó a una pena principal de 4 años y 6 meses de prisión y multa de 1.500 SMMLV como autor de la misma conducta por la que se condenó a su representado, cuando procesal y sustancialmente se encontraban en idéntica situación, con lo cual, de paso, se vulneró el principio de proporcionalidad de la pena, pues ambos implicados debieron recibir la misma respuesta sancionatoria.

No obstante, aclara que no reclama que las penas sean cuantitativamente iguales, sino que se corrija el error en que incurrió el Tribunal al no respetar el parámetro del aumento observado por el a quo.

Finaliza su escrito afirmando que como su alegación tiene que ver con las garantías que le asisten a su defendido, el cargo lo enmarca dentro de la causal del numeral 2º del artículo 181. Pero en forma subsidiaria solicita que se case la sentencia en cuanto al aspecto de la punibilidad, para que la misma se determine sin quebrantamiento de los principios de la ley sustantiva y el artículo 29 de la Carta Política.

3. Audiencia de sustentación oral

3.1. Intervención del defensor

Como única cuestión adicional a la demanda presentada, el defensor de JHON JAIRO CUESTA LUNA solicita a la Sala que al casar el fallo, ajuste la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, a la nueva pena que se imponga según el objeto del reclamo en esta sede.

3.2. Intervención de la Fiscalía General de la Nación

La doctora Martha Luz Hurtado, Fiscal Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, no encuentra acreditado el error aducido por el demandante en la fijación de la pena, observando que después de que el juez de primera instancia estableció el ámbito de movilidad dentro de los cuartos medios tras atribuir la circunstancia de agravación contemplada en el numeral 10º del artículo 58 del Código Penal, esto es, dentro de un ámbito de 12 a 20 años de prisión, consideró que la gravedad de la conducta cometida por JHON JAIRO CUESTA LUNA no le permitía partir del mínimo, por lo que hizo un aumento de 6 años y no de 2, como lo asume el casacionista, porque en el fallo nunca se dijo que se partiría “del segundo cuarto medio”, sino “de los cuartos medios”.

Por su parte, el Tribunal, luego de descartar la circunstancia de agravación que no había sido imputada, estableció como ámbito de movilidad el primer cuarto, que oscila entre 8 y 12 años de prisión. Como avaló los razonamientos del juzgador de primera

instancia en relación con los criterios de dosificación del numeral 3° del artículo 61, aumentó ese mínimo de 8 años en la misma proporción que lo había hecho el Juez 32 Penal del Circuito frente a un referente de 12, esto es, 4 años de prisión, motivo por el cual no se da el error denunciado.

No obstante, solicita a la Sala que se case la sentencia de manera oficiosa en aras de la preservación de las garantías fundamentales del procesado porque considera violado el principio de igualdad desde dos ópticas diferentes:

La primera, referida a la diferenciación en la cuantificación punitiva frente a la pena impuesta a Giovanni Romero Reyes, que si bien está contenida en sentencia diferente, lo es por la misma conducta con igualdad de circunstancias de todo orden, por lo que no existe razón valedera para que sobre un mismo mínimo (8 años) a Romero Reyes se le haya aumentado un año y a CUESTA LUNA cuatro.

El segundo punto de vista, agrega, está referido al juicio de “proporcionalidad y razonabilidad” frente a las dos penas principales a imponer, esto es, la corporal y la económica, pues en la ponderación de ambas ha de tenerse en cuenta la misma forma por ser principales y concurrentes, máxime cuando no se encuentra exteriorizado ningún factor adicional que permita una tasación diferente, razón por la cual en la tasación de la pena de multa a imponer ha de considerarse el mismo planteamiento que al tasar la pena corporal, acorde con las razones esbozadas para preservar el derecho a la igualdad del aquí condenado.

3.3. Intervención del Ministerio Público

La Doctora Juana Marina Pachón Rojas, Procuradora Segunda Delegada para la Casación Penal, advierte acertado el marco punitivo fijado en las instancias entre 8 y 24 años de prisión para el delito de extorsión agravada, en grado de tentativa, con base en los artículos 244 y 245 del Código Penal modificados por la Ley 733 y el

incremento de penas de la Ley 890, en concordancia con el 27 del Código en cuestión.

No obstante, le concede parcialmente razón al censor cuando cuestiona al Tribunal porque después de excluir las circunstancias de mayor punibilidad de la coparticipación criminal se situó en el primer cuarto para hacer un incremento de 4 años, por cuanto si el a quo se ubicó dentro de los cuartos medios, que oscilan entre 12 y 20 años de prisión, no dentro del tercer cuarto como lo alega el demandante, y por las razones del artículo 61 del Código Penal hizo un incremento de 6 años, para una sumatoria parcial de 18 años, ello quiere decir que dentro de un ámbito de punibilidad de 8 años aumentó sólo un 75%. En cambio el Tribunal, dentro del primer cuarto que oscila entre 8 y 12 años de prisión, hizo un incremento de 4 años por el mismo concepto para una sumatoria de 12 años, lo que equivale a que dentro de un ámbito de punibilidad de 4 años haya aumentado el 100%.

Por lo tanto, en su criterio, el juzgador de segunda instancia agravó el referente punitivo trazado por el juzgado, porque al descender al primer cuarto tenía un marco de movilidad de 1 a 4 años, escogiendo el extremo máximo -4-, con lo cual superó la proporción observada por el a-quo en el momento de tasar la pena, que, reitera, sólo fue del 75%. Desde esa óptica, encuentra que como se trataba de un apelante único -el defensor de CUESTA LUNA-, se transgredieron los artículos 31 de la Carta Política y 20 de la Ley 906 de 2004.

También advierte la Procuradora que en ese proceso punitivo la pena de multa prevista como principal resulta desproporcionada frente a la pena de prisión, en razón a que la pena de multa debía fijarse entre un mínimo de 2.000 y un máximo de 6.750 SMMLV y el sentenciador de primer grado, con los mismos argumentos utilizados para la motivación de la pena de prisión en vez de acudir a los criterios del artículo 39-3 del Código Penal, precisó un monto de 6.000 salarios, los que disminuyó en una tercera parte por el allanamiento a los cargos, para una multa final de 4.000 salarios. Entonces, si el tribunal optó por disminuir la pena de prisión como consecuencia de excluir la

circunstancia de mayor punibilidad de la coparticipación y se situó en el primer cuarto debió hacer algo similar con la multa dentro de ese marco de movilidad de 4.750 salarios que tenía y después sí proceder a deducir la rebaja por el allanamiento a los cargos.

En conclusión, considera que la censura prospera y por ello Solicita a la Corte que case parcialmente la sentencia impugnada y proceda a redosificar la pena de prisión dentro del primer cuarto mínimo teniendo en cuenta los parámetros e incrementos punitivos a los que acudió el funcionario de primera instancia y una vez efectuado lo anterior se haga la rebaja de pena por haber aceptado el procesado los cargos en la audiencia de formulación de la imputación en la proporción reconocida por el Tribunal. Además pide que se ajuste la pena principal de multa de manera proporcional a la de prisión y la accesoria por el mismo termino.

Frente a la petición de casación oficiosa que eleva la Fiscalía, la Procuradora no encuentra la violación al principio de igualdad aducido, porque la disparidad entre las sentencias condenatorias que resolvieron la situación de CUESTA LUNA en el caso presente y de ROMERO REYES en el caso del precedente que allega el casacionista, esa desproporción entre una y otra pena obedece justamente al reconocimiento constitucional de la independencia del administrador de justicia, que en sus providencias sólo está sometido al imperio de la ley, principio que reconoce la autonomía del juez para valorar la responsabilidad e imponer la pena dentro de los lineamientos legales, motivo suficiente que muchas veces lleva a justificar el trato desigual, pues si se negara esa autonomía no podría existir la figura del rompimiento de la unidad procesal, en donde son muy altas las probabilidades de que uno y otro funcionario asuma la responsabilidad de manera diferente y tase penas diferentes.

Además, agrega, no puede desatenderse que la responsabilidad penal es individual y de contera las consecuencias jurídicas que de allí se derivan, por ende las consideraciones que la justicia hace frente a una u otra persona no pueden resultar siendo iguales, siendo

sólo ante la identidad de los iguales que se pregona el principio constitucional.

Afirma que al comparar las dos sentencias se evidencia que los falladores le brindaron a ambos procesados el mismo tratamiento jurídico, pero no así el mismo tratamiento matemático. Pero ello obedece a ese ejercicio autónomo constitucional de los jueces dentro de los parámetros jurídicos legales, por lo que, en conclusión, para la Procuraduría no debe casarse de oficio el fallo porque no existe violación al principio de igualdad.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Sea lo primero advertir el interés que le asiste al defensor del procesado JHON JAIRO CUESTA LUNA para recurrir en casación la sentencia de segunda instancia, toda vez que aunque se trata de un caso donde hubo allanamiento unilateral a la imputación, lo que se discute es la tasación punitiva, y no la responsabilidad que fue admitida.

Pues bien, en orden a abordar el estudio del único cargo propuesto en la demanda, resulta pertinente recordar que el Capítulo Segundo, Título IV del Código Penal -artículos 54 a 62-, se ocupa de definir los criterios y reglas para la determinación de la punibilidad, señalando en detalle las diferentes etapas que debe agotar el fallador para establecer la sanción.

En esa dirección, lo primero que ha de hacer el juez es fijar los límites mínimos y máximos de la pena, establecidos en el tipo penal por el que se procede, disminuidos y aumentados en virtud de las circunstancias modificadoras de punibilidad concurrentes, que se aplican con base a las reglas que prescribe el artículo 60 del Código Penal, conformándose de esta manera el llamado marco punitivo.

Enseguida procede establecer el ámbito punitivo de movilidad, para lo cual se ha de dividir el marco punitivo en cuatro cuartos, determinados con base en los fundamentos

no modificadores de los extremos punitivos, esto es, las circunstancias de menor y mayor punibilidad señaladas en los artículos 55 y 58 ídem, ámbito que viene a servir de barrera de contención para limitar la discrecionalidad judicial, pues el juez sólo podrá ejercer su arbitrio en la dosificación dentro del tracto formado por los respectivos cuartos.

Pero a pesar de que el método para obtener el ámbito punitivo de movilidad ordena dividir el marco punitivo en cuatro cuartos, de acuerdo con el inciso 2º del artículo 61 sólo existen tres (3) ámbitos de movilidad: el primero, conformado con el cuarto mínimo, “cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias de atenuación punitiva”, el segundo, con los dos cuartos medios “cuando concurren circunstancias de atenuación y agravación punitiva” y, el tercero, con el cuarto máximo “cuando únicamente concurren circunstancias de agravación punitiva”.

Obtenidos esos tres tractos de movilidad, el inciso 3º del artículo 61 ídem dispone que el juzgador impondrá la pena dentro del cuarto o cuartos que corresponda, ponderando la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de la pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto. Además, en los casos de tentativa, se tendrá en cuenta el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo y en la complicitad el mayor o menor grado de eficacia de la contribución o ayuda.

De tales preceptivas se obtienen, entre otras, dos conclusiones que la Sala destaca por ser necesarias para la solución del caso:

a. Que sólo existen tres ámbitos punitivos de movilidad, conformados con los cuatro

cuartos que a su vez conforman el marco punitivo específico.

a. Que el sentenciador en la determinación particular de la pena debe moverse dentro del ámbito de movilidad que corresponde al caso, pues, en caso contrario, la pena aunque se encuentre dentro del marco punitivo, resultaría ilegal porque la discrecionalidad a la luz de la Ley 599 de 2000 está reglada en términos de medición cuantitativa.

Pues bien, en el presente caso la sentencia de primera instancia dedujo a JHON JAIRO CUESTA LUNA una pena principal de 12 años de prisión y multa de 4.000 SMMLV por su coautoría en la tentativa de extorsión agravada, pena a la cual arribó tras las siguientes conclusiones y operaciones:

Con base en los artículos 244 y 245 del Código Penal modificados por la ley 733 y el incremento de penas de la Ley 890 de 2004, en concordancia con el artículo 27 del Código en cuestión, fijó el marco punitivo entre 8 y 24 años, dándole un espacio de movilidad de 16 años que dividió en cuatro cuartos, así:

Primer cuarto: entre 8 y 12 años

Segundo cuarto: entre 12 y 16 años

Tercer cuarto: entre 16 y 20 años

Último cuarto: entre 20 y 24 años.

Tras aducir que en contra del procesado concurrían circunstancias de menor y de mayor punibilidad, pues, de un lado, operaba a su favor la ausencia de antecedentes, de

otro, le desfavorecía el haber obrado en coparticipación criminal, concluyó que el ámbito de movilidad debía situarse en los “cuartos medios”, esto es, entre 12 a 20 años.

A partir de allí consideró que el delito de extorsión es de marcada gravedad porque vulnera al mismo tiempo dos bienes jurídicos, a saber, el patrimonio económico y la libre determinación de la víctima, a lo que debía sumarse “la forma y modalidad” del comportamiento juzgado, pues el procesado había dicho a la víctima que pertenecía a las Autodefensas Unidas de Colombia, situación que causó “pánico y zozobra” en el receptor de la amenaza. Sustentado en estas motivaciones, el Juez decidió entonces imponer una pena de 18 años de prisión, lo cual significa que un espacio de movilidad de 12 a 20 años, aumentó el mínimo en un porcentaje igual al 75% de los 8 años que le ofrecía el ámbito dentro del cual se ubicó. Por su parte, la multa fue fijada en 6.000 SMMLV.

Como el procesado se allanó a la imputación, decidió rebajar en una tercera parte la pena deducida, obteniendo así la aludida sanción final de 12 años de prisión y multa de 4.000 salarios mínimos.

La anterior determinación fue impugnada por el defensor del procesado, y al prosperar algunas de sus pretensiones, en la sentencia impugnada ahora en casación, el Tribunal arribó a una pena principal de 7 años de prisión y multa de 2.327 SMMLV, que obtuvo bajo las siguientes consideraciones y operaciones:

Excluyó la circunstancia de mayor punibilidad que se había deducido con base en la coparticipación criminal porque la misma no había sido imputada por la Fiscalía, lo cual lo llevó a variar el ámbito de movilidad, pues ante la inexistencia de tales circunstancias debió ubicarse en el cuarto mínimo, esto es, entre 8 y 12 años, lo que le otorgaba un ámbito de movilidad máximo de 4 años.

Una vez allí, avaló las motivaciones aducidas por el fallador de primera instancia para no imponer el mínimo previsto en el cuarto de movilidad en el cual se ubicó. Bajo esa consideración, determinó aumentar el mínimo previsto en el nuevo cuarto mínimo acogido “en la misma proporción que lo hizo el a quo, quedando, por tanto, en 12 años de prisión”.

Aquí, de una vez advierte la Sala que le asiste completa razón a la Procuradora Delegada cuando sostiene que en esta operación el Tribunal no respetó el porcentaje que de antaño observó el juez de primera instancia cuando ponderó los fundamentos del inciso 3º del artículo 61, porque como se advirtió, dentro de un ámbito de movilidad de 8 años, acercó el extremo mínimo hasta un 75% del extremo máximo, mientras que el Tribunal, dentro de un ámbito de 4 años, llevó el extremo mínimo hasta el 100% del extremo máximo y por ello obtuvo una pena de 12 años de prisión.

Veamos en una representación gráfica la situación observada:

Primera Instancia:

Ámbito Punitivo de Movilidad

8 a 24 años

16 años

Cuarto mínimo

Dos cuartos medios

Cuarto máximo

8 a 12 años

12 a 16 años 16 a 20 años

20 a 24 años

4 años

8 años

4 años

(18 años)

/ / /

75%

Segunda Instancia:

Ámbito Punitivo de Movilidad

8 a 24 años

16 años

Cuarto mínimo

Dos cuartos medios

Cuarto máximo

8 a 12 años

12 a 16 años 16 a 20 años

20 a 24 años

4 años

8 años

4 años

(12 años)

/ / /

100%

Obtenida esa pena, el Tribunal varió a favor del procesado el porcentaje de la rebaja por el allanamiento a la imputación, el cual elevó de un 33.33% a un 41.83%, obteniendo así la sanción final de 7 años de prisión y multa por 2.327 SMMLV.

De esta manera, el error denunciado en la tasación punitiva no se configura por las razones esgrimidas en la demanda, pues ninguna razón le asiste al censor cuando sostiene que el juzgador de primera instancia se ubicó en el “extremo mínimo del segundo cuarto medio”, a saber 16 años de prisión, y que de allí aumentó 2 años, siendo éste el porcentaje que alega el censor como desconocido por el Tribunal. En realidad, al deducir la circunstancia de mayor punibilidad el juez de primera instancia se ubicó en el segundo ámbito de movilidad que como atrás se reseñó está conformado por los dos cuartos medios. Por lo tanto, los extremos de movilidad del juez oscilaron, en esa lógica, entre un mínimo de 12 y un máximo de 20 años, pues ese era el ámbito que correspondía una vez aducida la concurrencia de circunstancias de menor y mayor punibilidad -inciso 2º del artículo 61 ídem-, ya que la ley no prevé la posibilidad de ubicarse directamente en el “segundo cuarto medio”, porque éste no conforma un ámbito de movilidad independiente.

Siendo así las cosas, el cálculo sobre el porcentaje del aumento con base en la ponderación de los fundamentos no modificadores de los extremos punitivos, debía hacerse, como acaba de verse, considerando el espacio de movilidad al interior del ámbito, pues en cada caso la discrecionalidad del juez queda atada a esa única posibilidad de movimiento.

Por lo tanto, si sobre un espacio de movilidad de 8 años, el juez de primera instancia hizo un aumento de 6 al mínimo del ámbito en que se ubicó, en esa misma proporción, sobre un espacio de 4, a fin de respetar el principio de no reformatio in pejus, el Tribunal sólo podía aumentar hasta 3 años ese mínimo, con base en la siguiente regla de tres:

$$8 \qquad 6$$

$$4 \qquad X$$

$$X = 6 \times 4 = 24 = 3$$

$$8 \qquad 8$$

$$X = 3$$

La pena de prisión básica obtenida por ese camino asciende entonces a 11 años, sobre los cuales habrá de hacerse la rebaja por el allanamiento a la imputación en un porcentaje de un 41.83% que consideró prudente reconocer el Tribunal atendiendo la situación particular de colaboración del procesado JHON JAIRÓ CUESTA LUNA, aspecto que no fue discutido en la demanda. Así, la pena de prisión a imponer a éste procesado será la de 6 años, 4 meses y 24 días, en lugar de los 7 años a los que se arribó en el fallo impugnado.

Ahora bien, en la demanda, el defensor de CUESTA LUNA insinuó un supuesto trato desigual dado a su representado en relación con el dispensado al coautor José Jovanny Romero Reyes, quien en fallo independiente fue condenado por el mismo delito a una pena menor -4 años y 6 meses de prisión-, alegación de la que sin embargo desistió aclarando que no reclama que las penas sean cuantitativamente iguales, sino que se corrija el error en que incurrió el Tribunal al no respetar el parámetro del aumento observado por el a quo.

No obstante, como quedó reseñado, en su intervención en la audiencia de sustentación del recurso de casación, la representante de la Fiscalía solicitó a la Corte casar de manera oficiosa la sentencia, porque en su criterio se desconoció el principio de igualdad que asiste al procesado dada la diferenciación observada en la cuantificación punitiva frente a la pena corporal y económica impuesta al coautor Jovanny Romero Reyes, pues aunque está contenida en sentencia diferente, ambas recaen sobre una misma conducta, con igualdad de circunstancias de todo orden.

En este punto, asiste razón a la Procuradora Delegada, pues no es posible exigirle a un juez independiente que falle en igual forma a como lo ha hecho su homólogo, pues, en esa función prima el principio de autonomía. Por lo tanto, lo único que es exigible al juez al momento de fallar un caso, es la debida motivación de su decisión y que la misma se ajuste a los parámetros legales.

De allí que es admisible que dos funcionarios situados en el mismo vértice de la estructura jerárquica de la administración de justicia, frente a casos iguales o similares puedan tener concepciones disímiles, circunstancia que se tiene que reflejar en las respectivas decisiones, máxime cuando se trata de la individualización de la sanción, porque no puede perderse de vista que la regulación judicial de la pena si bien involucra factores objetivos, que pueden ser idénticos respecto de la totalidad de quienes concurrieron a la comisión de un determinado delito, también contempla otros de carácter subjetivo que además, de individualizar la justa y proporcionada represión para cada uno de los autores o partícipes del hecho punible resultan permisivos de un tratamiento dispar, justificado tanto en el plano legal como desde la perspectiva del principio de igualdad, en cuanto este exige, la identidad en el trato de las situaciones iguales, así como el trato diferenciado de las situaciones diversas.

En este caso, la disparidad en las sanciones impuestas a JHON JAIRO CUESTA LUNA y José Jovanny Romero Reyes por razón del delito que perpetraron en coautoría, responde al

diverso influjo que los juzgadores le concedieron a los parámetros que concurrían a la determinación final de la pena dentro de un mismo ámbito de movilidad con apego en el inciso 3º del artículo 61, ídem y, en este orden de ideas la decisión de someterlos a un tratamiento punitivo diferente aparece fundado en un motivo constitucionalmente aceptado y plausible que descarta todo atisbo de una discriminación que propicie la casación oficiosa del fallo demandado.

Véase cómo, si se examina una y otra providencia, se observa que ambas Salas de Decisión aceptaron la incongruencia sobre una circunstancia de mayor punibilidad y modificaron el cuarto de movilidad, ubicándose en el mínimo, pero cada una valoró independiente los fundamentos del inciso 3º del artículo 61 del Código Penal, lo que las llevó a dispensar un tratamiento distinto en cada caso, pero obedece al ejercicio autónomo constitucional de los juzgadores.

Otro tanto se predica frente al porcentaje de la rebaja de pena que a cada uno de los anteriores condenados se le dedujo por virtud del allanamiento a la imputación, pues ese trato diferenciado surgía ante una disímil situación de hecho que fue evaluada por cada uno de los juzgadores, tal como se evidencia en el siguiente aparte del fallo impugnado:

“(…) Es cierto que JHON JAIRO CUESTA LUNA no fue sorprendido en flagrancia, pero eso no significa que la Fiscalía no contara con suficientes elementos probatorios en su contra para acusarlo. Olvida el señor defensor que su compañero de fechoría ROMERO REYES, ya condenado por estos hechos, lo delató y por ello pudo el ente instructor iniciar las pesquisas en su contra, así que no se puede decir que la sanción a su ilícito proceder únicamente se lograría por el allanamiento por tal medio y con por ello (sic) se hacía merecedor al máximo de la rebaja prevista en la ley. Pese a ello considera la colegiatura que ha de predicarse a su favor que aceptó su compromiso penal desde la diligencia de imputación lo que amerita se tenga en cuenta al momento de determinar la rebaja punitiva, por lo que se le disminuirá la pena en 41.83%....”

Por lo tanto, no encuentra la Sala fundamentos razonables para sostener la pretendida violación del derecho a la igualdad.

Finalmente, frente a la pena de multa, la Sala no observa necesidad de enmienda alguna, pues, de un lado, ella no fue discutida ni en el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia ni en la demanda de casación, pues la alusión que a ese respecto hizo el defensor en la audiencia de sustentación oral del recurso, no sólo resulta extemporánea, sino que además no fue motivada; y, de otro, el monto señalado se encuentra dentro de los parámetros legales, pues la misma debía oscilar entre un mínimo de 2.000 y un máximo de 6.750 SMMLV, habiendo sido finalmente determinada en un monto de 4.000 SMMLV, sobre los cuales se hizo la rebaja por el allanamiento en una proporción de 41.83%, para un total de 2.327 SMMLV, monto que de todas maneras resultó menor frente al señalado en el fallo de primera instancia.

Además, observa la Sala que en el fallo de primera instancia su tasación estuvo precedida de algunos razonamientos sobre la gravedad del delito juzgado y la modalidad del comportamiento, sobre el cual, como antes se anotó, se dijo que había causado pánico y zozobra en la víctima porque las amenazas de destruir su establecimiento de comercio se hicieron creer como provenientes de las Autodefensas Armadas de Colombia, consideraciones que sirvieron tanto para la determinación de la pena de prisión dentro del ámbito de movilidad escogido, como para el señalamiento de la multa, los cuales fueron avalados por el fallador de segunda instancia y los mismos se acomodan a algunos de los parámetros señalados en el artículo 39-3 del Código Penal para la determinación de la pena pecuniaria.

Como corolario de las anteriores argumentaciones, la Sala entrará a casar el fallo impugnado sólo para corregir la pena de prisión impuesta al procesado JHON JAIRO CUESTA LUNA, la cual se fijará en 6 años, 4 meses y 24 días, en lugar de los 7 años que se le impusieron en el fallo impugnado. A ese monto se limitará la pena de inhabilitación

para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

A 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 parcialmente el fallo impugnado para imponer al procesado JHON JAIRO CUESTA LUNA una pena de prisión de 6 años, 4 meses y 24 días, en lugar de los 7 años que se le impusieron en el fallo impugnado, por su coautoría en el delito de extorsión agravada en grado de tentativa. A ese monto se limitará la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

2. En lo demás, el fallo queda incólume.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

MAURO SOLARTE PORTILLA

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN
DE BARÓN

MARINA PULIDO

Permiso

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS
BASTIDAS

YESID RAMÍREZ

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA JAVIER ZAPATA ORTIZ

IMPEDIDO

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria