

Proceso No. 35767

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

Aprobado acta Nº 78

Bogotá D.C., nueve de marzo de dos mil once

V I S T O S

La Sala resuelve la solicitud de selección del recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del señor WILSON EDILBERTO VIVAS, contra la sentencia de 8 de noviembre de 2010 por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Arauca, además de negar una solicitud de nulidad, confirmó el fallo condenatorio proferido el 13 de septiembre del mismo año por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal con Funciones de Conocimiento de de la misma ciudad, por tentativa de extorsión.

H E C H O S

Así fue resumido el episodio fáctico en la sentencia de segunda instancia:

“De los audios aportados se tiene que la investigación se inició el 4 de agosto de 2010, siendo las 3 y 5 minutos aproximadamente, después que de la información suministrada por VÍCTOR NEREO CAMEJO, fue capturado en flagrancia el señor WILSON EDILBERTO

VIVAS con otro sujeto en el parque la Jirafa de ésta ciudad, luego del operativo policial desarrollado, por cuanto VIVAS, había extorsionado al mencionado VÍCTOR CAMEJO: Ese día de los hechos, se presentaron dos sujetos entre ellos el procesado, en una motocicleta a recibir un dinero de la víctima y al presentarse al lugar a reclamar el dinero, al momento de recibirlo, fueron interceptados por funcionarios del DAS, presentándose al parecer un forcejeo para tratar de arrebatarle el arma a uno de los efectivos del DAS.”

ANTECEDENTES

En audiencia celebrada el 5 de agosto de 2010, se sometió a control de legalidad la captura y la incautación de unos elementos, y seguidamente se formuló imputación por extorsión en grado de tentativa, la cual fue aceptada sin reparos por el señor VIVAS, a quien inmediatamente después se le impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario.

El 6 de septiembre siguiente se realizó la audiencia de individualización de pena y el 13 del mismo mes la de lectura del fallo, en la que el defensor interpuso el recurso de apelación contra la sentencia, centrando su inconformidad en la dosificación punitiva, y solicitando la declaratoria de una nulidad, lo cual fue resuelto por el Tribunal Superior de Arauca, autoridad que negó la petición anulatoria y confirmó en su integridad el fallo apelado, por medio de decisión calendada el 8 de noviembre, contra la que a su vez el defensor interpuso el recurso extraordinario de casación cuya admisión ahora se resuelve.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Promiscuo Municipal con Funciones de Conocimiento de Arauca mediante sentencia calendada el 13 de septiembre de 2010 decidió condenar a WILSON EDILBERTO VIVAS a 108 meses de prisión, multa de 470 salarios mínimos legales mensuales vigentes

y a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término igual al de la aflictiva de la libertad, al hallarlo responsable del delito de extorsión en grado de tentativa.

A esa conclusión llegó el juzgador al razonar que además de que la captura se realizó en flagrancia, el implicado aceptó la imputación que le formuló la Fiscalía; y habida consideración de que sólo concurrían circunstancias de menor punibilidad, el margen de movilidad sería el del cuarto mínimo -entre 192 y 216 meses de prisión y la multa entre 800 y 1050 salarios-, de donde se aplicó 204 meses y 925 salarios, que luego de la rebaja prevista en el primer inciso del artículo 27 del Código Penal, señalada para la conducta tentada, la pena final quedó reducida a 108 meses de prisión y multa de 470 salarios.

En la sentencia se omitió realizar disminución alguna por la reparación de perjuicios -no obstante la existencia de prueba en ese sentido-, por expresa prohibición del artículo 26 de la Ley 1121 de 2006; y además se negó la concesión, tanto de la condena de ejecución condicional como de la prisión domiciliaria.

LA DEMANDA

El defensor de WILSON EDILBERTO VIVAS, planteó dos ataques contra la sentencia:

Primer cargo. El libelista lo titula como “ERROR EN LA DOSIFICACIÓN DE LA PENA”, y en su desarrollo reclama la reducción punitiva prevista en el inciso segundo del artículo 27 del Código Penal, rechazando la del párrafo primero de dicho precepto, que fue la que a la postre reconoció el juzgador.

Incluye además como otro punto de disenso la aplicación del método de cuartos en la individualización de la pena, toda vez que habiéndose tratado de un acuerdo entre el imputado y la Fiscalía, el juez no debió dosificar la pena acudiendo a dichas

porciones punitivas.

Concluye el ataque afirmando que la pena privativa de la libertad a imponerse, reconociendo la modalidad de tentativa que reclama, sería de 96 meses, los cuales reducidos a la mitad como consecuencia de la aceptación de la imputación, quedaría en 48 meses, monto que bajaría a 24, si se reconoce la disminución prevista en el artículo 269 producto de la reparación a la víctima; por lo que solicita a la Corte que case la sentencia y reconozca en una de reemplazo estos términos de la redosificación punitiva.

Segundo cargo. El defensor lo titula como “DESCONOCIMIENTO DE LAS LEYES PREEXISTENTES AL ACTO IMPUTADO”; y en él reclama la reducción de la pena por la tentativa en la proporción que en su personal criterio debió reconocerse, y los demás descuentos que viene solicitando, aduciendo que la prohibición contenida en la Ley 1121 de 2006 solo es predicable de los delitos consumados, pero de ninguna manera de los tentados, razón por la cual solicita finalmente que se le reconozcan dichas reducciones punitivas a su defendido.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Sala no seleccionará la demanda formulada por el defensor de WILSON EDILBERTO VIVAS contra la sentencia de 8 de noviembre de 2010, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Arauca confirmó la emitida en primera instancia por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal con Funciones de Conocimiento de dicha ciudad.

De acuerdo con lo previsto por el inciso segundo del artículo 184 de la Ley 906 de 2004,

“No será seleccionada, por auto debidamente motivado que admite recurso de insistencia presentado por alguno de los magistrados de la Sala o por el Ministerio Público, la demanda que se encuentre en cualquiera de los siguientes supuestos: si el

demandante carece de interés, prescinde de señalar la causal, no desarrolla los cargos de sustentación o cuando de su contexto se advierta fundadamente que no se precisa del fallo para cumplir algunas de las finalidades del recurso.”

En esta norma se observa evidente que el legislador patrio, consciente de la condición extraordinaria del recurso, facultó a la Corte para que realizando un control formal de la demanda, sólo admitiera para estudio de fondo, o seleccionara, aquellas en las que:

1. El demandante tenga interés, en tanto sea lesionado con el acto ilegal o inconstitucional denunciado,

1. El casacionista señale con precisión la causal invocada y desarrolle de manera correcta los cargos; y,

1. Además de lo anterior, la Sala advierta fundadamente que se precisa del fallo para cumplir alguna de las finalidades del recurso.

De suerte que, en ausencia de alguno de estos elementos la única opción que tiene el Tribunal de Casación es abstenerse de seleccionar la demanda, por medio de decisión contra la que el legislador creó el mecanismo de insistencia, el que por su misma identidad está llamado a cuestionar la argumentación por medio de la cual se consideró insatisfecha la exigencia normativa prevista para la admisión de la demanda.

El primer cargo, es desarrollado mediante un alegato en el que el casacionista discrepa

del descuento otorgado por el juzgador, el que claramente no colmó sus expectativas, toda vez que no se le reconoció la reducción prevista legalmente para la tentativa desistida, además de haberse acudido al sistema de cuartos; discrepancia que realiza mediante un escrito que se aleja diametralmente de las exigencias mínimas de técnica previstas para el recurso extraordinario al que se pretende acceder.

En primer término hay que advertir que el casacionista carece de interés para discutir en esta sede los hechos jurídicamente relevantes contenidos en la imputación, debido a que fueron aceptados por su defendido, renunciando con ello a cualquier posibilidad de cuestionarlos; según los cuales el señor WILSON EDILBERTO VIVAS fue interceptado cuando recibía una recompensa extorsiva exigida previamente a su víctima.

Así pues, resulta incuestionable que en dicho relato no se advierten los esfuerzos del acusado dirigidos a evitar la consumación de dicha conducta, razón por la cual resulta vano intentar imponer circunstancias fácticas que no concurrieron en la realidad imputada y aceptada, simplemente porque ahora convienen a los intereses del justiciable.

Pacífica y reiterada ha sido la jurisprudencia de esta Corporación en llamar la atención sobre la irretractabilidad de la aceptación de la imputación, y en la carencia de interés para impugnar la condena que se produce como consecuencia de la misma, más que para discutir la dosificación punitiva, de quien ha manifestado la conformidad con los cargos formulados.

Es sabido que el artículo 27 del Código Penal contempla la penalización de la conducta punible que no logró su consumación, incorporando dos reducciones de la pena prevista para el tipo penal, diferentes para situaciones diversas: una en la que la conducta simplemente no pudo completarse por circunstancias ajenas a la voluntad del agente (como la oportuna intervención de la autoridad, por ejemplo), y otra en la que, además, se

presentan los esfuerzos necesarios, desplegados por el agente para impedir su consumación:

Artículo 27. Tentativa. El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada.

Cuando la conducta punible no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del autor o partícipe, incurrirá en pena no menor de la tercera parte del mínimo ni mayor de las dos terceras partes del máximo de la señalada para su consumación, si voluntariamente ha realizado todos los esfuerzos necesarios para impedirla.”

Pues, bien, el ataque relacionado con la supuesta inaplicación del inciso segundo del citado artículo 27, lejos de estructurarse dentro de los lineamientos de la técnica casacional, no pasa de ser un alegato de instancia en el que se pide la aplicación de la norma, contrariando la realidad fáctica y falseando el contenido de la imputación formulada y aceptada sin condicionamientos de ninguna especie.

De acuerdo con la verdad procesal, el juzgador concluyó que a WILSON EDILBERTO VIVAS correspondía la reducción prevista en el inciso primero de dicha norma, sin que el casacionista hubiera realizado esfuerzo alguno, distinto de la simple postulación, por probar que tal conclusión constituyera un yerro de la magnitud que pregona.

Tampoco la censura relativa a la aplicación de los cuartos como criterio orientador del proceso de individualización de la pena impuesta a WILSON EDILBERTO VIVAS, se presenta de manera adecuada, en tanto ni siquiera se intenta formular como un cargo propio de la impugnación casacional; pero además dicho argumento contradice lo que de

manera pacífica ha reiterado la jurisprudencia de esta Corporación, referente a que cuando se trate de aceptación de imputación, o de acuerdos que no involucren expresamente un monto punitivo, el juez no puede apartarse del sistema de cuartos para efectos de la individualización de la pena¹:

“Ahora, cuando no hay convenio sobre la pena a imponer (porque se trate de allanamiento o porque siendo un preacuerdo en éste nada se pacta sobre el monto de la sanción), el juez debe tasarla conforme al tradicional sistema de cuartos y de la ya individualizada hacer la rebaja correspondiente, atendiendo factores tales como -a título ejemplificativo- la eficaz colaboración para lograr los fines de justicia; la significativa economía en la actividad estatal de investigación; el que la ayuda que se genere con la aceptación de los cargos muestre proporción con la dificultad probatoria; el que -cuando sea del caso- se facilite descubrir otros partícipes u otros delitos conexos; el que no se dificulte investigar otras conductas o partícipes, etc, sin influir en este momento los referentes tenidos en cuenta para individualizar la sanción, pues ya agotaron su función.

Asimismo, si se ha acudido al mecanismo de la negociación y dentro de ella se pactó el monto de la sanción, a ésta quedará vinculado el juez (art. 370), salvo que en su concreción se haya violado alguna garantía fundamental, no pudiendo por aquella razón (y en ello se explica la prohibición del art. 3 Ley 890/04) acudir al sistema de cuartos. Sin embargo, debe advertirse que si bien la limitante legal acabada de reseñar pareciera absoluta -en el sentido que la entendieron las instancias- vale decir, que en todo caso de preacuerdo el mencionado sistema de dosificación está prohibido, ello no resulta así, porque frente a un preacuerdo donde el monto de la pena a imponer no haya sido pactado, al juez fallador -para individualizar la sanción- no le queda alternativa distinta que acudir al sistema de cuartos.

La conclusión, entonces, apunta a que la prohibición de la Ley 890-3 sólo debe

entenderse aplicable cuando ha mediado un preacuerdo contentivo del señalamiento de la pena a imponer, y ni siquiera cuando sólo se ha pactado el monto de la rebaja (como también puede ocurrir) pues en este último caso ese quantum de reducción acordado únicamente operará respecto de una sanción previamente individualizada.”

A su vez, el segundo cargo, según el cual la sentencia debe ser casada por cuanto se extendió incorrectamente la prohibición de rebajas punitivas prevista en el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, propia exclusivamente de las conductas consumadas, a una tentativa de extorsión, como consecuencia de lo cual se le negaron a WILSON EDILBERTO VIVAS, las rebajas a que tenía derecho por aceptación de la imputación y por reparación de perjuicios a la víctima; también se caracterizó por despreciar por completo los más elementales principios de técnica casacional, al punto que no se señaló expresamente una causal ni menos se desarrolló correctamente un ataque contra la sentencia de segundo grado.

Pero además, dicho argumento se aproxima al absurdo en tanto desconoce la esencia del instituto de la tentativa, el que siendo un dispositivo amplificador del tipo, busca precisamente extender las consecuencias punitivas del delito a las conductas que no lograron alcanzar el momento consumativo.

Con el mismo argumento expresado por el casacionista se podría afirmar que no existe un juez que tenga asignado el conocimiento de los procesos adelantados por delitos tentados, en tanto las normas que atribuyen la competencia funcional solo se refieren a delitos; lo cual resulta a todas luces un despropósito de tamaño descomunal.

El casacionista en este campo se limitó a ofrecer su punto de vista, según el cual, acepta que la prohibición contenida en el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006 se aplique a las conductas consumadas, pero negándole cualquier alcance respecto de las tentadas; y despreciando por completo la técnica casacional, omitió escoger una causal y

desarrollar correctamente un cargo.

Por lo tanto la demanda no será seleccionada.

Como quiera que según lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 184 del Código de Procedimiento Penal, contra la decisión de no seleccionar la demanda procede el mecanismo de insistencia, conviene reiterar el precedente jurisprudencial² que delinea sus ribetes procedimentales, ante la omisión legislativa en la definición de su trámite:

1. El mecanismo de insistencia sólo puede ser promovido por el demandante dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la providencia mediante la cual se decide no seleccionar la demanda de casación u oficiosamente provocada dentro del mismo lapso por alguno de los Delegados del Ministerio Público para la Casación Penal –en tanto no sean recurrentes– el Magistrado disidente o el Magistrado que no haya participado en los debates o suscrito la inadmisión.
2. La petición correspondiente debe formularse por escrito ante el Ministerio Público a través de sus Delegados para la Casación Penal, ante uno de los Magistrados que haya salvado voto respecto a la decisión de inadmitir o ante uno de los Magistrados que no haya intervenido en la discusión.
3. Al funcionario ante quien se formula la insistencia le corresponde decidir si somete el asunto a consideración de la Sala para su revisión o no, evento este en que así lo informará al peticionario en un término de quince (15) días.
4. La providencia mediante la cual se inadmite la demanda trae como consecuencia la ejecutoria de la sentencia de segunda instancia contra la cual se formuló el recurso de casación, salvo que la insistencia prospere y determine la prosecución del trámite casacional para un pronunciamiento de fondo.

Acotación final.

Según la facultad que le otorga el artículo 184, inciso 3º, de la Ley 906 de 2004, la Corte ha precisado que, atendiendo los fines de la casación, le surge el deber de actuar oficiosamente, sin que medie la realización de audiencia de sustentación o la convocatoria del Ministerio Público, cuando -no obstante haber inadmitido la demanda de casación- advierta la necesidad de hacer efectivo el derecho material, preservar o restaurar las garantías de los intervinientes, reparar los agravios inferidos a éstos o unificar la jurisprudencia por razones distintas a las planteadas en el libelo.

En efecto, la Corte advierte que al procesado WILSON EDILBERTO VIVAS se le pudo vulnerar una garantía fundamental, en particular la legalidad del ejercicio de dosificación de la pena de prisión, lo que eventualmente ameritaría la casación oficiosa y parcial del fallo, a fin de restablecer la garantía trasgredida.

De manera que una vez proferida esta decisión y cumplido con el rito de la insistencia, el expediente regresará al despacho del Magistrado Ponente con el propósito de pronunciarse oficiosamente acerca de la posible vulneración de garantías fundamentales, conforme quedó expuesto en el acápite precedente.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

RESUELVE

1. NO SELECCIONAR la demanda de casación presentada por el defensor de WILSON EDILBERTO VIVAS.

2) Contra esta decisión procede el mecanismo de insistencia a la luz de lo previsto en el inciso segundo del artículo 184 del Código de Procedimiento Penal.

3. En firme la anterior decisión y cumplido con el trámite de la insistencia, regresar la actuación al Despacho del Magistrado Ponente con el propósito de pronunciarse oficiosamente acerca de la posible vulneración de garantías fundamentales.

Notifíquese, cúmplase.

JAVIER DE JESÚS ZAPATA ORTIZ

JOSE LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ FERNANDO ALBERTO CASTRO
CABALLERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ
ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

MARIA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS
J. IBAÑEZ GUZMÁN

AUGUSTO

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS
SALAMANCA

JULIO ENRIQUE SOCHA

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria.

1 Sentencia de 29 de julio de 2008, radicado 29788.

2 Auto de diciembre 12 de 2005, dentro del radicado 24.322.