

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

Magistrado Ponente

AP4419-2015

Radicación N°41248

(Aprobado Acta No.271)

Bogotá D.C., cinco (5) de agosto de dos mil quince (2015).

Se pronuncia la Sala sobre la admisión de la demanda de casación presentada por el defensor de ROSA INÉS GALINDO RUBIANO contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Buga el 18 de febrero de 2013, mediante la cual confirmó la proferida por el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Palmira el 19 de noviembre de 2012, que condenó a la procesada por el delito de extorsión agravada en el grado de tentativa.

Hechos

El 29 de junio de 2011, en las primeras horas de la mañana, CARLOS DANIEL RAMÍREZ VILLEGAS se presentó a las instalaciones de la Policía de Palmira (Valle) para informar que desde el día 25 de ese mes venía siendo víctima de una serie de llamadas telefónicas de carácter extorsivo, en las que le exigían pagar la suma de cinco millones de pesos a cambio de su tranquilidad y la de su familia, y que en vista de la gravedad de las amenazas había acordado pagar la suma de tres millones.

El GAULA de la Policía Nacional coordinó con la víctima el procedimiento que debía seguir frente a las nuevas llamadas extorsivas que se presentaran en las horas siguientes, y lo asesoró para que concertara una cita con los extorsionistas en un lugar público con el fin de hacer la entrega del dinero, lo cual se logró, acordándose para tal fin el parque principal de Palmira.

Con dicho propósito se simuló un paquete con dinero y se dispuso un operativo por parte del GAULA, obteniéndose la captura de ROSA INÉS GALINDO RUBIANO, quien descendió de una motocicleta que conducía un sujeto no identificado, se dirigió directamente a CARLOS DANIEL RAMÍREZ VILLEGAS, le pidió el encargo y se regresó en busca al parecer del sujeto que la acompañaba, pero como la motocicleta había abandonado el lugar, decidió tomar un taxi, siendo capturada en esos momentos.

#### Actuación procesal relevante

1. La fiscalía imputó cargos a ROSA INÉS GALINDO RUBIANO por el delito de extorsión agravada, en grado de tentativa, conforme a lo previsto en los artículos 244 y 245.3 del Código Penal (modificados por los artículos 5° y 6° de la Ley 733 de 2002), con los incrementos punitivos establecidos en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, y el 25 de noviembre de 2011 la acusó formalmente en audiencia por el referido delito.

2. El juicio se rituló en el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Palmira, que mediante sentencia de fecha 19 de noviembre de 2012, consecuente con el sentido del fallo, condenó a ROSA INÉS GALINDO RUBIANO a la pena principal de 96 meses de prisión y multa de 2000 s.m.l.m.v., y la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad, como autora responsable del delito de

extorsión agravada, en grado de tentativa.

3. Apelado este fallo por la defensa para pedir su revocatoria, por considerar que la prueba aducida en su contra no lograba desvirtuar la presunción de inocencia, el Tribunal Superior de Buga, mediante el suyo de 18 de febrero de 2013, que ahora el mismo sujeto procesal recurre en casación, lo confirmó en todas sus partes.

#### La demanda

Contiene dos cargos por violación directa de la ley sustancial, con fundamento en la causal prevista en el numeral primero del artículo 181 de la Ley 906 de 2004. El primero como principal y el segundo en el carácter de subsidiario.

#### Cargo principal

Sostiene que la sentencia viola en forma directa la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 29 del Código Penal, que define al autor de la conducta punible.

Reproduce in extenso las consideraciones del tribunal donde analiza la prueba que compromete a la procesada en los hechos, para destacar que, de acuerdo con ella, el ad quem es claro en precisar que ROSA INÉS actuó en condición de AUTOR.

Afirma que esta conclusión viola en forma directa la ley sustancial, por aplicación indebida del artículo 29, puesto que le imputa la condición de AUTOR, “edificando su accionar en medio de una presunta coautoría, incluso con la intervención de otros terceros, como menciona (sic) a PABLO ANDRÉS JIMÉNEZ, pero soslayando la exigibilidad judicial, de edificar el por qué sería autora, o en el caso particular, coautora de una conducta en la que la prueba determina la intervención de una pluralidad de sujetos”.

Y más grave aún, soslaya también que en el caso de marras la prueba demuestra que

ROSA INÉS fue un INSTRUMENTO, “al que utilizaron para los protervos propósitos de un hombre de atrás, que la fiscalía finalmente admite, pero evitó ventilar a profundidad, para hacer más fácil su trabajo incriminatorio, avalado por la inercia judicial del juez a quo, y fatalmente patrocinado por el juez ad quem, vulnerando directamente la norma sustancial”.

En la parte resolutive se condena a ROSA INÉS como AUTOR, “cuando en toda la actuación la trata como coautora, que en asocio de otros edificó la conducta delictiva. En conclusión, podríamos preguntarnos el tribunal consideró: ¿ROSA INÉS GALINDO RUBIANO es coautora, al obrar de consuno con los otros, pero se condena como mera autora, soslayando su estado de instrumentalización que arrojó la prueba?”.

El tribunal incurrió de esta forma en violación directa de la ley sustancial, por indebida aplicación del artículo 29 inciso segundo del Código Penal, puesto que efectuó una falsa adecuación de los hechos probados a los supuestos que contempla la disposición.

Esta violación es trascendental, “en la medida que nadie que no haya sido realmente autor de una conducta, podrá ser condenado como tal, pues así se vulnera el principio de legalidad y en consecuencia las garantías fundamentales del procesado, lo que da pie a romper la sentencia aquí demandada”.

Agrega que a la procesada se la trata como una más de un grupo plural de personas que materializaron la conducta punible, es decir como coautora, lo cual colocaba en cabeza de la fiscalía la carga de establecer que en realidad fue coautora, y que en ella concurrían todas las exigencias doctrinales para serlo, así se le denomine autora.

Cita doctrina y jurisprudencia sobre el concepto de autor y los elementos de la coautoría frente a la legislación interna, e insiste en que el tribunal, al estudiar la situación fáctica y procesal, afirmó que ROSA INÉS actuó de consuno con otros, y la trata como coautora, pero sin ocuparse de analizar la situación material objetiva, ni las

subjetivas, que le permitieran deducir que tuvo acuerdo común, o que participó o intervino en la división de trabajo, y que su aporte fue esencial.

Sumado a este vacío argumentativo del Tribunal sobre la condición de autora de ROSA INÉS, es evidente la falta de demostración de las exigencias normativas de la coautoría, de sus elementos, pues se la condena como autora a partir de considerar “que su estado de captura en flagrancia determina la materialidad de la acción delictiva, nada más conclusivo de lo que en derecho penal hemos llamado de vieja data la responsabilidad objetiva, ya proscrita por el legislador”.

Sostiene que la evidencia lo que demuestra es que ROSA INES, sin tener conocimiento del hecho delictivo, recibió instrumentalizada el paquete, y que luego esperó por un tiempo aproximado de 10 o 15 minutos a que PABLO ANDRÉS JIMÉNEZ, con quien había llegado, la recogiera, hechos que por sí solos no edifican un estado de flagrancia que devengue responsabilidad penal.

Lo demostrado, por tanto, es que ROSA INÉS fue un instrumento, utilizado por un “hombre de atrás”, quien de consuno con PABLO ANDRÉS JIMÉNEZ hicieron uso de ella y del afán que vivía ese fatídico día, en el que resultó involucrada en un acontecer cuyo carácter delictivo desconocía, lo cual fue soslayado por los fallos.

La prueba existente en la foliatura, muestra la naturalidad con que actuó la procesada en el lugar de los hechos y la existencia de inferencias que indican que fue instrumentalizada, y que al recibir el paquete desconocía su contenido delictivo, lo cual descarta su condición de autora inmediata.

Remata diciendo que el cargo es trascendental porque los juzgadores no lograron desvirtuar la presunción de inocencia de ROSA INÉS, y pide a la Sala, por tanto, casar la sentencia impugnada y absolverla de los cargos formulados en la acusación, “por ser violatoria de manera directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 29 de

la Ley 599 de 2000, al determinar que la acusada fue autora, y tratada como coautora, cuando fuera utilizada como instrumento en una conducta revestida de autoría mediata”.

#### Cargo subsidiario

Asegura que la sentencia viola en forma directa la ley sustancial por indebida aplicación del aumento general de penas previsto en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, de cara a la línea jurisprudencial acogida en la sentencia de 27 de febrero de 2013 (radicado 33254).

Reproduce los apartes pertinentes de la dosificación punitiva realizada por la juez de instancia, para afirmar que de su contenido se establece con claridad que la sanción se tasó a partir del mínimo de 12 años, al cual se aplicó el incremento del artículo 14 de la Ley 890 de 2004, para un total de 192 meses.

Agrega que hoy día, sin embargo, de cara al criterio jurisprudencial sentado por esta Sala en sentencia de 27 de febrero de 2013, dicho incremento resulta inaplicable para los casos tramitados por el sistema acusatorio por el delito de extorsión, por desconocer la garantía fundamental de proporcionalidad de la pena.

Cita apartes del referido pronunciamiento e insiste en que los juzgadores, al aplicar al caso el referido incremento, violaron de manera directa la ley sustancial, y por esta vía el principio de proporcionalidad, por resultar el mismo “incompatible con la finalidad de la resolución de casos sometidos al sistema penal acusatorio”.

Argumenta que la violación es trascendental porque afecta las garantías fundamentales de la procesada, y que si bien es cierto el error de los juzgadores antecedió al nuevo criterio jurisprudencial de la Corte, de todas formas se evidencia la ausencia de producción judicial en los despachos que conocieron del caso.

Sustentado en estas consideraciones solicita a la Sala casar parcialmente la sentencia impugnada por ser claramente violatoria de la ley sustancial y redosificar la pena eliminando el incremento previsto en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, con el fin de restablecer el principio de proporcionalidad.

#### SE CONSIDERA

La Sala inadmitirá la demanda de casación que se estudia por no cumplir los requisitos mínimos de orden formal exigidos para su estudio de fondo, ni satisfacer los presupuestos básicos de idoneidad sustancial necesarios para la realización de los fines del recurso. Por separado se analizarán las censuras propuestas.

#### Cargo principal

Reiterados han sido los pronunciamientos de esta Sala en los que ha dicho que cuando se plantea en casación violación directa de la ley sustancial, no le es permitido al demandante discutir la declaración que los juzgadores hicieron de los hechos, ni la valoración que realizaron de la prueba, porque esta forma de infracción exige aceptar que las conclusiones en relación con estos aspectos son correctas, y que el error se presenta en la selección o interpretación de las normas sustanciales aplicables al caso.

El ámbito de alegación en esta causal se reduce al plano puramente jurídico, pues en virtud del principio de intangibilidad de las conclusiones fácticas y probatorias de los fallos, el demandante debe limitarse a demostrar, o que los juzgadores aplicaron al caso una norma sustancial que no corresponde (aplicación indebida), o dejaron de aplicar la llamada a regularlo (falta de aplicación), o le dieron a la correctamente seleccionada un sentido o alcance que no tiene o no causa (interpretación errónea).

Si el cargo se construye a partir del desconocimiento de las conclusiones fáctico probatorias de las sentencias, o de su refutación, o de una verdad distinta de la declarada en ellos, la violación no será directa, sino indirecta, que se presenta cuando el juzgador incurre en errores de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba, que lo llevan a conclusiones equivocadas, y por causa de estos errores marra en la selección de las normas sustanciales que deben presidir la solución del caso.

En esta hipótesis, los requerimientos demostrativos varían sustancialmente, porque será carga del casacionista acreditar que las conclusiones probatorias de los juzgadores de instancia son incorrectas, lo cual exige indicar con precisión la clase de error cometido<sup>1</sup>, la prueba o la construcción inferencial en la cual se presentó el error, los hechos que prueban su existencia, y las implicaciones que tuvo el error en el sentido del fallo o en sus consecuencias jurídicas.

En el caso que se analiza, la censura se construye sobre varias premisas, de contenido totalmente distinto, (i) que ROSA INÉS GALINDO RUBIANO fue condenada como AUTOR, no obstante que a lo largo de las sentencias se la considera COAUTORA, (ii) que los juzgadores soslayaron la obligación de explicar por qué es coautora, y (iii) que también soslayaron la prueba que indica que no conocía el contenido del paquete, ni el carácter delictivo de su acción, y que fue utilizada como instrumento.

Esta variedad de cuestionamientos dentro de una misma censura, impide determinar su verdadero alcance, pues no permite establecer con precisión si lo que se está planteando es una violación directa de la ley sustancial, como se afirma categóricamente en el enunciado, o un defecto de motivación, como pareciera inferirse de la primera parte de su desarrollo, o una violación indirecta, como podría desprenderse de la última parte del escrito, o todas ellas a la vez.

Al margen de esto, de suyo suficiente para inadmitir el reproche, las afirmaciones que lo



sustentan, o no consultan la realidad procesal, como ocurre con los ataques por falta de precisión y defectos de motivación en la determinación de la forma de participación, o no son demostradas conforme a la directrices que impone la lógica del recurso, como acontece con el reparo donde se plantea la tesis de la autoría mediata.

Revisados los fallos de instancia se establece que ROSA INÉS fue condenada en condición de AUTORA, no obstante que en la parte considerativa de la sentencia de primer grado, que la de segunda instancia confirmó en todas sus partes, se analizó su conducta frente a los requerimientos de la teoría del dominio funcional del hecho, para concluir que todos sus elementos concurrían, como quiera que la prueba recogida acreditaba que había tomado parte en la ejecución de la conducta típica, que lo hizo con dominio funcional, y que su aporte fue esencial, análisis que se identifica con los elementos estructurantes de la coautoría impropia.

Pero esta disparidad resulta totalmente insubstancial, porque calificar de autor a un coautor no entraña ningún contrasentido, si se tiene en cuenta que la coautoría presupone concurrencia de autores, y que todo coautor tiene por tanto la condición de autor. Y resulta también intrascendente, porque esta disconformidad no le reportó ningún plus punitivo a la implicada, ni un sorprendimiento en la imputación, como pareciera sugerirlo el demandante, porque la juez de primer grado analizó su conducta frente a los elementos de la coautoría impropia, dando de esta manera oportunidad de contradicción.

El otro ataque, donde se afirma que los juzgadores soslayaron también la prueba que acreditaba que la implicada fue utilizada como instrumento, parte de desconocer la verdad declarada en los fallos, en los que se concluyó ROSA INÉS era consciente de su accionar delictivo, según se desprendía de las circunstancias que habían rodeado su aprehensión en flagrancia y de las inconsistencias de su relato, al igual que de las inconsistencias del relato suministrado por PABLO ANDRÉS JIMÉNEZ ANGULO en el juicio.

Siendo este el fundamento del cargo, el casacionista debió seleccionar como vía de ataque la violación indirecta, por las razones atrás indicadas, y demostrar que las conclusiones probatorias de los fallos de instancia en este punto eran equivocadas, porque respondían a errores de hecho o de derecho trascendentes en la apreciación de la prueba, pero el libelista no asume esta carga demostrativa, y la Sala no advierte que errores de esa especie se hubiesen presentado.

#### Cargo subsidiario

La Sala ha dicho que el nuevo criterio jurisprudencial acogido en la sentencia de 27 de febrero de 2013, que el casacionista solicita aplicar, exige el cumplimiento de dos condiciones, (i) que el procesado se haya allanado a cargos, y (ii) que no haya recibido descuentos ni beneficios por este motivo.<sup>2</sup>

Estos presupuestos no se cumplen en el caso en estudio, pues el proceso, como se dejó reseñado en el resumen que se hizo de la actuación adelantada, no concluyó con ocasión de las figuras del allanamiento unilateral a cargos, o de preacuerdos con la fiscalía, sino con el agotamiento del juicio.

Frente a esta realidad procesal, la pretensión del libelista de que se elimine el incremento general de penas previsto en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, carece de fundamento, por no cumplirse los condicionamientos fáctico procesales requeridos para hacerlo, de acuerdo con lo consignado en la sentencia citada, y porque el proceso se tramitó con arreglo al modelo procesal implementado por la Ley 906 de 2004, que impone su aplicación.

#### Decisión

Visto, entonces, que la demanda estudiada no cumple las condiciones mínimas de orden formal ni sustancial exigidas para su selección a estudio, se la inadmitirá a trámite, en

cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, y se ordenará devolver el proceso a la oficina de origen, no advirtiendo violaciones a garantías fundamentales que la Sala esté en el deber de proteger de manera oficiosa.

#### Insistencia

Contra esta decisión procede el mecanismo de insistencia por parte del casacionista, de conformidad con lo establecido en el artículo 184 inciso segundo ejusdem, en la oportunidad, forma y términos precisados por la Corte en jurisprudencia reiterada (CSJ, SP, 12 de diciembre de 2005, radicado 24322; CSJ, SP, 28 de septiembre 2011, radicado 33181; CSJ, SP, 17 de octubre 2012, radicado número 34946).

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

#### RESUELVE

INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor de ROSA INÉS GALINDO RUBIANO.

Contra esta decisión procede la insistencia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Si de hecho por falso juicio de existencia, falso juicio de identidad o falso raciocinio; o de derecho por falso juicio de legalidad o falso juicio de convicción.

2 CFR. CSJ, SP, 27 de febrero de 2013, radicado 33254. CSJ, SP, 19 de junio de 2013, radicado 39719. CSJ, SP5197-2014, 30 de abril de 2014, radicado 41157.