

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado Ponente

SP16497-2014

Radicación N° 42647

Aprobado mediante Acta No. 420

Bogotá D.C., tres (3) de diciembre de dos mil catorce (2014).

Surtido el trámite de rigor, la Sala se pronuncia de fondo sobre la demanda de revisión presentada por el apoderado de HELBER ENRIQUE CASTRO HERNÁNDEZ contra la sentencia proferida el 17 de septiembre de 2010 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que confirmó la emitida el 9 de agosto de 2010 por el Juzgado 19 Penal Municipal de Conocimiento de esta ciudad, que lo condenó a 8 años de prisión, multa equivalente a 400 salarios mínimos legales mensuales vigentes, como autor del delito de tentativa de extorsión agravada.

ANTECEDENTES

1. Fácticos

En la sentencia del Tribunal, cuya revisión se pide, fueron reseñados así:

«Los hechos que originaron el adelantamiento del presente asunto ocurrieron el 12 de mayo de este año (2010), a eso de la una de la tarde, en las afueras del centro comercial

la Rampas ubicado en la carrera 24 con calle 68 de esta ciudad, lugar en el que se produjo la captura de Helber Enrique Castro Hernández y del menor de edad N.R.P.A., cuando acababan de recibir un paquete que simulaba contener la suma de veinte millones de pesos producto de las llamadas extorsivas que le efectuaron a Guillermo Hurtado Corredor y a su esposa, tal como oportunamente lo pusieron en conocimiento de la justicia, que atentarían contra la integridad de su hijo si no accedían a entregar esa suma de dinero, por lo que se dispuso el operativo del Gaula que culminó con la captura referida.».

2. Procesales

2.1. En razón del precitado acontecer fáctico, el 13 de mayo de 2010 ante el Juzgado 45 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bogotá se legalizó la captura de HELBER ENRIQUE CASTRO HERNÁNDEZ y, seguidamente, la Fiscalía le formuló imputación como autor del delito de extorsión agravada tentada, conforme los artículos 27, 244, 245 numeral 3º del Código Penal, modificados por los artículos 5º y 6º de la Ley 733 de 2002 y 14 de la Ley 890 de 2004, cargos que el mencionado ciudadano aceptó¹.

2.2. Con fundamento en el allanamiento a cargos y examinado por el Juez 19 Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Bogotá el respeto de las garantías procesales y derechos fundamentales, el 28 de junio de 2010 condenó a HELBER ENRIQUE CASTRO HERNÁNDEZ a la pena de prisión de 8 años y multa equivalente a 400 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, como autor del delito de «EXTORSIÓN AGRAVADA EN LA MODALIDAD DE TENTATIVA».

Importa destacar, que se negó la concesión de rebaja de pena con ocasión de la aceptación de cargos (art. 351 Ley 906 de 2004), atendiendo la prohibición contemplada

en el artículo 26 de la ley 1121 de 20062.

2.4. Apelada la sentencia, el Tribunal Superior de Bogotá la confirmó el 17 de septiembre de 2010, al estimar que no era procedente dar aplicación al artículo 269 del Código Penal -Reparación-, ante la proscripción de la citada Ley 1121 de 20063, sentencia que quedó debidamente ejecutoriada el 17 de septiembre de 2010.

DEMANDA DE REVISIÓN

El apoderado del condenado, al amparo de la causal 7ª del artículo 192 de la Ley 906 de 2004, presentó demanda de revisión contra las sentencias de instancia, al estimar que si bien los juzgadores al momento de condenar al sentenciado HELBER ENRIQUE CASTRO HERNÁNDEZ, se abstuvieron de reconocer la rebaja de pena correspondientes por reparación conforme el artículo 269 del Código Penal y aceptación de cargos artículo 351 de la Ley 906 de 2004, por la prohibición contemplada en el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, aunado a que existía jurisprudencia que así lo señalaba, también lo era que posteriormente a tales decisiones hubo un cambio de jurisprudencia favorable en el sentido de que, de un lado, la Corte Suprema de Justicia Sala Penal, reconoció el derecho que les asiste a los procesados condenados por delitos contra el patrimonio económico y que estuviesen enlistados en el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006 de acceder a la rebaja de pena por reparación; y de otro, la inaplicación del aumento establecido con la Ley 890 de 2004, en los eventos de aceptación de cargos en aquellos delitos de que trata el citado artículo 26 de la Ley 1121 de 2006.

En ese sentido solicita considerar la sentencia de casación proferida el 6 de junio de 2012, radicado 35767, que estableció que las rebajas de pena por reparación integral, entratándose de delitos contra el patrimonio económico, constituyen un derecho y no un beneficio, por tanto se excluye de la restricción del artículo 26 de la Ley 1121 de 2006.

Aclara que en el presente caso resulta procedente la rebaja de pena por reparación, toda vez que se indemnizaron integralmente los daños y perjuicios ocasionados a la víctima como consta en la actuación y lo reconoció la sentencia de primera instancia.

No desconoce que el ofendido tasó en \$10.000.000.00 los daños en su denuncia, no obstante, ante la imposibilidad de localizarlo, no compareció a las audiencias a las que fue citado; pero al expediente se aportó dictamen pericial que establecía los perjuicios ocasionados, consignando para el efecto la cuantía que allí se establecía.

De otro lado, solicita la aplicación de la sentencia de 27 de febrero de 2013 proferida en el radicado 33.254, pues al aceptar el sentenciado los cargos imputados es inaplicable el incremento de la sanción que en las instancias se hizo con base en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

En ese orden, requirió dejar sin valor la sentencia que motivó la acción, para que en su lugar se dicte la que corresponda otorgando las rebajas de pena correspondientes.

ACTUACIÓN SURTIDA EN LA CORTE

Admitida la demanda, dada la causal invocada, no se dispuso la práctica de pruebas.

ALEGACIONES DE LOS SUJETOS PROCESALES

El demandante, Representante del Ministerio Público y Delegado de la Fiscalía General de la Nación se pronunciaron al unísono por la prosperidad de la acción. En ese sentido requirieron reconocer las rebajas correspondientes conforme el artículo 269 del Código penal, al tratarse de un derecho y no de un beneficio, así como inaplicar el aumento de pena del artículo 14 de la Ley 890 del 2004.

Por su parte, la víctima tan solo adujo que el dinero consignado a su favor no le ha sido

entregado.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo establecido en el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 906 de 2004, la Corte es competente para conocer de la demanda de revisión presentada por HELBER ENRIQUE CASTRO HERNÁNDEZ a través de apoderado, como quiera que se promueve contra sentencia dictada por Tribunal Superior de Distrito Judicial.

En cuanto a la acción de revisión esta Corporación la ha definido como un mecanismo adjetivo excepcional de control que se concreta a través de un proceso judicial independiente, mediante el cual se busca levantar los efectos de cosa juzgada y la presunción de legalidad de una decisión jurisdiccional ejecutoriada, acusada de ser injusta, nítidamente alejada de la verdad real e histórica, para que se emita una nueva.

Por su parte, la Corte Constitucional ha destacado la realización del valor justicia y la prevalencia de la verdad material como fin último o razón de ser de la acción de revisión, en cumplimiento de los propósitos esenciales del Estado conforme a la Carta Política de 1991, así:

«En este sentido puede afirmarse que la revisión se opone al principio *res iudicata pro veritate habetur* para evitar que prevalezca una injusticia, pues busca aniquilar los efectos de la cosa juzgada de una sentencia injusta y reabrir un proceso ya fenecido. Su fin último es, entonces, buscar el imperio de la justicia y verdad material, como fines esenciales del Estado.» (Sentencia C-871 de 2003)⁴.

En tanto no es una prolongación del juicio, su naturaleza excepcional, hace que proceda únicamente por las causales que de manera taxativa han sido previstas en la ley y bajo las exigencias requeridas para su admisión, las cuales, por razón de las notas de inmutabilidad e intangibilidad que acompaña la *res iudicata*, compete acreditar al

accionante.

Así, el juicio rescindente de la acción de revisión no opera en relación con trámites o actuaciones ya agotados, independientemente de que se evidencien irregularidades u omisiones trascendentes en curso del proceso, las cuales, debieron tener como escenario natural de discusión los recursos ordinarios o el extraordinario de casación, como bien lo ha precisado la Sala:

«1. La acción de revisión, a diferencia del recurso extraordinario de casación –a través del cual, con apoyo en los motivos legales que lo hacen procedente, es posible discutir la regularidad del trámite procesal, el cumplimiento de las garantías debidas a las partes, los supuestos de hecho de la sentencia de segunda instancia no ejecutoriada y sus consecuencias jurídicas—, tiene como objeto una sentencia, un auto de cesación de procedimiento o una resolución de preclusión de la investigación que hizo tránsito a cosa juzgada y como finalidad remediar errores judiciales originados en causas que no se conocieron durante el desarrollo de la actuación y que están limitadas a las previstas en la ley.

No es la acción de revisión por tanto un mecanismo disponible para reabrir el debate procesal, resultando indebido por lo mismo sustentarla en fundamentos propios del recurso de casación. Tampoco es una tercera instancia a la que se accede para discutir lo resuelto por los jueces o fiscales con base en los mismos elementos probatorios que les sirvieron a aquellos para tomar las decisiones.

Lo anterior significa que por medio de la acción de revisión no se puede abrir de nuevo el debate sobre lo declarado en la sentencia.» (CSJ AP, 6 Feb. 2007, Rad. 23839)

También refirió la Corte:

«No busca pues, la acción de revisión, subsanar errores de juicio o de

procedimiento porque esa es la función de los recursos de instancia y de la casación. La revisión, en cambio pretende la reparación de injusticias a partir de la demostración de una REALIDAD HISTÓRICA diferente a la del proceso y únicamente dentro del marco de invocación precisado por las causales establecidas.» (CSJ AP, 23 Ag. 2000, Rad. 15322)

Es evidente que dentro de estas exclusivas causales de revisión asoma la invocada por el accionante, orientada a la invalidación de un fallo ejecutoriado, bajo el supuesto que la Corte haya variado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar una sentencia condenatoria, tanto respecto de la responsabilidad, como de la punibilidad.

Causal frente a la cual la Corte tiene dicho que para su configuración es indispensable que el actor no solamente demuestre cómo el fundamento de la sentencia cuya remoción se persigue es entendido por la jurisprudencia de modo diferente, sino que, de mantenerse, comportaría una clara situación de injusticia, pues la nueva solución ofrecida por la doctrina de la Corte conduciría a la sustitución del fallo.

De otra parte, recientemente se señaló:

«El entendimiento normal de la disposición apuntaría a que el pronunciamiento favorable de la Corte deba darse con posterioridad a los fallos de instancia. No obstante, puede suceder que los jueces de conocimiento no se hubiesen enterado, no estuviesen al tanto, no supieran de la existencia de la nueva jurisprudencia y que, como consecuencia de ello, su decisión se hubiese adoptado con fundamento en criterios anteriores de la Sala de Casación Penal.

En esas eventualidades, así el criterio favorable de la Corte sea posterior en el tiempo a la emisión de los fallos por revisar, para esos casos concretos se muestra como “nuevo”, porque, en efecto, la novedad de lo dicho por la Corte radica, no en su ubicación en el tiempo siguiente a las decisiones de los jueces, sino en relación con la época del criterio adoptado en ellas.

Por mejor decir, la inteligencia de la posterioridad del lineamiento jurisprudencial de la Sala de Casación Penal, apunta no a las fechas de las decisiones, sino a las épocas en que la Corte adoptó los dos criterios: el que sirvió de soporte a las sentencias por revisar y el aducido como nuevo y favorable. Así, el argumento benéfico debe haberse producido luego de aquel que fue el fundamento de los fallos demandados en revisión.

Esta interpretación se adecua con precisión al mandato legal, como que en estricto sentido este no determina que lo trascendente sea el momento de emisión de la jurisprudencia, sino que ella sea benéfica y posterior a aquella que sirvió de soporte a los jueces de instancia.». (CJS SR, 20 Ag. 2014, Rad. 43624).

Hechas las anteriores precisiones⁵, lo primero que habrá de señalarse y como bien lo reconociera el demandante, la acción apunta no a derruir los juicios de responsabilidad sino a morigerar sus efectos, en tanto los juzgadores de instancia, impartieron una condena e impusieron una sanción, basados en una precisa interpretación jurisprudencial que posteriormente fue variada. De manera que habiéndose modificado el precedente en favor del procesado, se impone proceder al reconocimiento de lo que se le denegó con fundamento en la determinada y revocada jurisprudencia.

En ese orden, la primera hipótesis que se plantea es la de que no se le reconoció la rebaja del artículo 269 del Código Penal⁶, a pesar de haberse acreditado que el sentenciado indemnizó los perjuicios ocasionados con el delito a la víctima.

Ciertamente, las sentencias de primer y segundo grado estimaron que la disminución de pena por reparación integral de daños y perjuicios no procede para el caso, atendiendo la prohibición expresa en el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006⁷

y la jurisprudencia de la época.

Al respecto señaló el Tribunal:

«Resulta incuestionable que para la fecha de ejecución de los hechos materia del presente asunto estaba vigente la prohibición contenida en el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, aún en rigor, en cuanto que cuando se procede por delitos como el de extorsión, no procederán las rebajas de pena por sentencia anticipada ni confesión, ni se concederán subrogados penales ni mecanismos sustitutivos de la pena de prisión, ni habrá lugar a ningún otro beneficio judicial o administrativo, con la sola excepción de los provenientes por colaboración de justicia.

De lo anterior se desprende, sin duda, que entratándose del punible de extorsión, como acontece en ese caso, no es viable la diminuyente de la reparación prevista en el artículo 269 del Código Penal, como acertadamente lo resolvió el a-quo al no tener en cuenta esa circunstancia para disminuir la sanción que le impuso al procesado.

No está demás referir que en tal sentido se pronunció la Sala penal de la Corte Suprema de Justicia en fallo del primero (1º) de julio de dos mil nueve (2009), en el radicado 30800 (M.P. Dr. José Leónidas Bustos Martínez), en el que, sobre el tema dijo:

(...)

Así las cosas, no prospera el pedimento principal del defensor apelante relativo al otorgamiento de la rebaja de pena por reparación, dada la expresa prohibición legal consagrada en el artículo 26 de la Ley 1121/06, la que además se proyecta a los otros beneficios y subrogados impetrados subsidiariamente por el citado

recurrente...».

Sin embargo, mediante las decisiones que se citan en la demanda y las proferidas dentro de los radicados 31531, 35767, 25741, 32762, la Corte ha admitido la procedencia del beneficio punitivo para quien repara a las víctimas cuando del punible de extorsión se trata, a pesar de la prohibición legislativa. Particularmente, conviene traer a colación la decisión del 6 de junio de 2012, dentro del ya referido radicado 35767, en donde luego de un recuento detallado de los precedentes jurisprudenciales y de los antecedentes de la ley en comento postula la Corte que el desconocimiento de la aludida rebaja de pena conculca un derecho del procesado, desconoce el principio de proporcionalidad de la pena y atenta contra los derechos de las víctimas, concluyendo:

«Así pues, la Sala, en lo sucesivo, modifica en tal sentido la interpretación sobre el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006. Su nueva hermenéutica se contrae a que se concede la reducción de pena prevista en el artículo 269 del Código Penal a quienes siendo procesados por extorsión, repararon los perjuicios en los términos previstos por el artículo 269 del Código Penal; sin que tal situación afecte los extremos punitivos, ya que la disminución se realiza una vez individualizada la pena, y sin efectos en el término prescriptivo de la acción penal⁸».

En el sub examine, las sentencias de instancias se profirieron con antelación al criterio de la Corte que se tiene por favorable (radicado 35767), dando aplicación precisamente a los postulados de la jurisprudencia de esta Sala, que por aquel entonces admitían que la indemnización de perjuicios era un beneficio más no un derecho y por tanto se encontraba previsto dentro de la prohibición de descuentos punitivos o concesión de subrogados de que trata el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, postura que ciertamente la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia varió favorablemente.

En ese orden, se advierte sin ninguna dificultad que el nuevo razonamiento jurídico

habría implicado un trato punitivo más beneficioso para el demandante a quien se le negó el derecho a tener una rebaja de pena por una prohibición legal que hoy en día no se atiende.

En esas condiciones, en principio, resulta de buen recibo la aplicación de la jurisprudencia de que se trata.

Compete, entonces, analizar si dentro de lo actuado se cumplió con las exigencias señaladas en el artículo 269 del Código Penal, esto es, que con elementos de prueba legítimos se hubiese demostrado, más allá de cualquier duda razonable, que «antes de dictarse sentencia de primera o única instancia, el responsable restituyere el objeto material del delito o su valor, e indemnizare los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado».

La interpretación de la preceptiva en comento conduce a colegir que la rebaja de pena por la reparación integral de los perjuicios requiere los siguiente elementos: (i) en primer lugar, que ocurra antes de dictarse sentencia de primera o única instancia, (ii) la restitución del objeto material del delito, cuando a ello sea posible, o en su defecto, la cancelación del valor del mismo y, finalmente, que (iii) sea integral, lo cual comporta la obligación de indemnizar los perjuicios causados.

Esta última exigencia, conviene indicar, está gobernada por los principios y normas del derecho privado, por lo tanto, podrá entenderse satisfecha con la celebración de un acuerdo entre víctima y victimario, evento en el cual el arreglo surge vinculante para el juzgador, o en caso contrario, deberá determinarse a través de los diferentes medios probatorios. De ahí que la Corte haya señalado⁹,

«Si se busca acudir al mecanismo de reducción de pena dispuesto en el artículo 269 de la Ley 599 de 2000, lo adecuado es que la presentación de la prueba que demuestra la reparación efectiva del daño, suceda en curso de la diligencia dispuesta en el artículo

447 de esa normatividad, encaminada precisamente a regular la individualización de la pena, uno de cuyos factores incidentes, para los delitos cometidos contra el patrimonio económico, lo es la indemnización de perjuicios, entendida como hecho post delictual que ninguna incidencia tiene en la delimitación de los mínimos y máximos de dosificación, contrario a lo expuesto por el defensor en la demanda de casación.

Es ese un espacio pertinente para el efecto, pues, además de que parte del anuncio de fallo condenatorio, tiene como objeto central el de la definición de pena y faculta la presentación de los medios suasorios encaminados a demostrar la pretensión de cada parte.

Ello, empero, no constituye camisa de fuerza, pues, la norma claramente permite que el pago o indemnización se realice durante todo el trámite procesal –sólo así serviría también para obtener otros beneficios procesales-, incluso en investigación previa.

Eso sí, como la norma obliga a que la reparación opere “antes de dictarse sentencia de primera o única instancia”, en tratándose de anuncio de sentido de fallo absolutorio, como quiera que no existe ese espacio para presentar solicitudes encaminadas a la fijación de la pena, por obvias razones, es facultad de la parte interesada, durante todo el término procesal previo a la emisión del fallo de primer grado, relacionar el cumplimiento de ese requisito material, para que cumpla con sus efectos.

Dentro de este espectro temporal y formal amplio, para la Sala es obvio que si la parte presentó elementos de juicio suficientes para demostrar esa reparación integral en curso de las audiencias preliminares y el punto fue auscultado suficientemente por el funcionario judicial, permitiendo la correspondiente corroboración y controversia, perfectamente lo sucedido en la diligencia o aportado por fuera de audiencia, puede constituir soporte suficiente para que el fallador de cualquier instancia estime probado el

tópico a efectos de conceder la rebaja.

Aspectos como los referidos a quién, qué y para qué se presentaron las pruebas de la reparación, necesariamente han de ser analizados por el juez a efectos de definir si se demostró o no la indemnización integral de perjuicios garantizando la contradicción, dado que, pese a lo sostenido de consuno por la defensa y la Procuradora judicial, no es la efectiva satisfacción de uno de los derechos fundamentales de las víctimas, un asunto simple que apenas demande de la formalidad de un escrito, si de justicia material se trata.

En efecto, como atinadamente lo sostuvo el señor Fiscal en la audiencia de alegaciones orales, la reparación integral demanda probar suficientemente, porque así expresamente lo consagra el artículo 269 de la Ley 599 de 2000, que “el responsable restituyere el objeto material del delito o su valor, e indemnizare los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado”.

Cuando menos, entonces, esos elementos de juicio aportados deben cubrir tan básicas exigencias, esto es, permitir desentrañar que no solo se restituyó el objeto material del delito –cuando pudo haberse desplazado su tenencia o se trató de un bien fungible el entregado u obtenido por ocasión del ilícito-, sino que se indemnizaron los perjuicios de todo orden anejos al delito.

Y ello no es asunto menor o deleznable, pues, en juego están no solo las legítimas expectativas de la víctima que, ya se sabe, deben ser garantizadas por la justicia en un plano material y no apenas formal, sino el beneficio –o derecho, como prefiere llamarlo la Procuradora-, que con largueza instituye el artículo 269 tantas veces citado, cuya filosofía estriba precisamente en que se minimice el efecto de la ilicitud, con el consecuente espíritu contrito que faculta acceder a una sustancial rebaja punitiva.

Precisamente, la prueba que se presente debe ser suficiente para determinar el

porcentaje de rebaja de pena -la norma establece un baremo que oscila entre la mitad y las tres cuartas partes-que no corresponde al arbitrio del funcionario judicial, sino a las características de la reparación y lo que ellas informen en torno del tipo de daño y su cabal reparación.

Es por virtud de lo anotado que la Corte ha sentado pacífica jurisprudencia en torno de la forma como debe demostrarse la reparación integral, o mejor, la necesidad de que el juez verifique las reales condiciones de la misma, no sea que por la vía del simple formalismo inane queden expuestas las necesidades de las víctimas y a la par se otorgue al procesado un derecho que no ha merecido...» Resaltado de la Sala

Trasladados los requisitos enunciados al presente asunto, debe destacarse, que no puede exigirse para el reconocimiento del tema indemnizatorio en el proceso penal, una manifestación de la víctima dando plena voluntad de su aceptación de lo ofrecido por el acusado con el propósito de obtener la rebaja punitiva que reclama, pues ésta ciertamente se puede determinar a través de cualquier medio probatorio en caso de no haber acuerdo sobre dicho particular.

En el caso sub judice, conforme se constata en autos, el sentenciado a través de su apoderado, aduciendo que no pudo tener contacto con la víctima para llegar a un acuerdo sobre la indemnización de los daños ocasionados con su comportamiento o mejor que éste no compareció a las diligencias a las que fue citado, decidió acudir a los oficios de un perito evaluador quien tasó los perjuicios en la suma de \$500.000, valor que fue consignado por CASTRO HERNÁNDEZ a través de título judicial.

Pago que en manera alguna logra consolidar integralmente y de manera razonada los daños y perjuicios ocasionados con el delito por el cual se declaró responsable a CASTRO HERNÁNDEZ, en la medida que el título judicial aportado no cubre las básicas exigencias previstas por el legislador en el artículo 269 del Código Penal para la procedencia del

beneficio, pues como lo ha sostenido en otras oportunidades la Corte: Tal indemnización debe ser total, plena o suficiente, comprendiendo el perjuicio material, incluidos el daño emergente y el lucro cesante, y el daño moral, lo que no fue cumplido por el procesado.¹⁰

Respecto los daños causados la víctima señaló:

«Me siento muy afectado psicológicamente, por las razones que éstos sujetos me manifestaban en la llamadas, y al igual que me preocupaba que las amenazas que me hacían, se cumplieran y me le hicieran daño a mis hijos, los cuales están enterados de esta situación y han estado muy afectados, nos ha tocado dejarlos de enviar al colegio, no dejarlos salir solos a la calle, en oportunidades esconderlos y en general se mantiene uno con una sobresobra (sic) y un miedo muy grande, nuestra tranquilidad fue vulnerada de todas formas, así mismo en la parte económica me siento afectado pues todas estas llamadas y amenazas no me permitían estar en mi trabajo, por lo que deje de cumplir compromisos adquiridos y perdí alrededor de diez millones de pesos por no poder atender el negocio...».

Conforme los artículos 94 y 96 de la Ley 599 de 2000, la conducta punible genera la obligación de reparar los daños materiales y morales que se deriven de su comisión, obligación que corresponde en forma solidaria a los penalmente responsables y a quienes de conformidad con la ley estén obligados a responder.

Ahora, de conformidad con el artículo 1613 del Código Civil, el daño material comporta el daño emergente y el lucro cesante; doctrinaria y jurisprudencialmente se ha sostenido que tanto el daño emergente como el lucro cesante, pueden a su vez presentar las variantes de consolidado y futuro. Por perjuicio consolidado se entiende aquel que existe, es el perjuicio cierto, que «ya se exteriorizó», es «una realidad ya vivida». En tratándose del daño emergente, consiste en los desembolsos, egresos, o gastos

efectuados; si se trata del lucro cesante, consiste en que «se haya concluido la falta del ingreso». Se considera perjuicio no consolidado aquella disminución del patrimonio de la víctima que sobrevendrá, es futuro; ésta categoría se concreta en los desembolsos, egresos o gastos aún no efectuados (daño emergente futuro) y, en los ingresos que dejarán de percibirse (lucro cesante futuro). De allí que, no existe discusión en cuanto a que el daño emergente y el lucro cesante futuros no pueden considerarse como peticiones accesorias, de acuerdo con al alcance que tiene esta acepción, ya que en sí mismos constituyen el daño material, elemento integrante de la pretensión de condena al pago de perjuicios¹¹.

Por su lado los daños morales se clasifican en los objetivados, que son «...aquellos daños que repercuten en la capacidad productiva o laboral de la persona agraviada, y que por consiguiente son cuantificables pecuniariamente.». Y los subjetivados que «...lesionan el fuero interno de las personas perviviendo en su intimidad y se traducen en la tristeza, el dolor, la congoja, o la aflicción que sienten las personas con la pérdida, por ejemplo, de un ser querido. Daños que por permanecer en el interior de la persona no son cuantificables económicamente.»¹².

Según las constancias procesales, se encuentra demostrado, pues ello no fue objeto de controversia precisamente al renunciar el sentenciado a tener un juicio oral, público y contradictorio, que el patrimonio económico de GUILLERMO HURTADO CORREDOR además de verse disminuido económicamente tal cual lo advirtiera al momento de instaurar la denuncia -al dejar de atender compromisos de orden comercial-, también se vio afectado con otras circunstancias que ocurrieron en aquel momento, pues a efectos de ejecutar la conducta, no pudo utilizar los veinte millones de pesos ilícitamente exigidos, aunado los costos en que debió incurrir para conseguirlos y entregarlos al Gaula para que se llevara a cabo el operativo que culminó con la captura de CASTRO HERÁNDEZ, aspectos que en manera alguna fueron valorados por el perito evaluador, pues tan solo atinó a decir que:

«En este caso no salió ningún dinero, cosas servicios (...) como quiera que el objeto material fue recuperado y restituido en la misma cuantía que iba a ser entregado por la rápida intervención de los agentes del Gaula o en la cuantía de VEINTE MILLONES DE PESOS (\$20.000.000) moneda legal colombiana, lo que implica que aquí hubo restitución natural, esto es, se restituyó dicha suma...».

Desatinados por tanto resultan los planteamientos del demandante que la suma de diez millones solicitada por la víctima como indemnización de perjuicios resulta exorbitante y sugerir como acertada, completa y objetiva la tasada por el perito cuando el valor consignado ni siquiera alcanza a restituir el objeto material del delito, pues no se tuvo en cuenta el tiempo dejado de trabajar, el incumplimiento de los compromisos adquiridos y el dinero que dejó de percibir para no poder atender «el negocio», además que esa suma consignada no representa en lo más mínimo el daño moral causado por la zozobra a que se le sometió a la víctima y su familia, tanto que hubo que dejar de enviar a sus hijos al colegio, no dejarlos salir a la calla y hasta esconderlos.

Debe agregarse a lo dicho la afectación emocional y aflictiva que GUILLERMO HURTADO CORREDOR y los suyos padecieron al ponerse en riesgo la integridad de uno de sus miembros, cuando los victimarios amenazaron en atentar contra la vida del menor Nicolás si no accedían al pago del dinero, aspecto que en manera alguna fue considerado por el perito en su dictamen, pues refirió que no hacía pronunciamiento sobre el particular en la medida que en los delitos de extorsión no se determinaban estos perjuicios, consideración alejada de la realidad conforme lo atrás indicado.

Lo dicho es suficiente para colegir que razón asiste a la víctima cuando no consintió como indemnización el pago de una suma que burla los derechos patrimoniales y morales afectados.

En consecuencia, fácil resulta concluir que el pago hecho por el sentenciado con fines de indemnizar los perjuicios causados no logró consolidar su expectativa de reparación integral, porque como se ha indicado no se demuestran efectivamente cubiertos los requisitos contenidos en el artículo 269 del Código Penal, para permitir la reducción de pena por reparación integral en favor de HELBER ENRIQUE CASTRO HERNÁNDEZ.

En ese orden, frente a la verdad procesal existente es incuestionable que en el trámite del proceso en estudio no se llevó a cabo la reparación integral en los precisos términos señalados en el artículo 269 del Código Penal y, por tanto, no hay lugar a la disminución de la pena reclamada. En consecuencia, carece de fundamento ese motivo de revisión planteado por el accionante.

El segundo tema propuesto al amparo de la misma causal de revisión, tiene que ver con la inaplicabilidad del incremento de pena del artículo 14 de la Ley 890 de 2004, pues la Corte con posterioridad al criterio sostenido en las sentencias de instancias concluyó que en los supuestos en los cuales el procesado se allane a cargos o acuerde con la Fiscalía, pero se estuviese ante las prohibiciones del artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, no hay lugar a aplicar el incremento punitivo del artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

Al respecto lo primero que tendrá que advertirse como se consignara en párrafos anteriores el juez de instancia ciertamente negó al sentenciado la rebaja de pena prevista en el artículo 351 del Código de Procedimiento Penal no obstante haber aceptado los cargos en la audiencia de imputación, por expresa prohibición del artículo 26 de la Ley 1121 del 2006.

No obstante, con posterioridad a las sentencias de instancia, la Sala de Casación Penal profirió el fallo 33.254 del 27 de febrero de 2013, considerando que en los supuestos en los cuales el procesado se allane a cargos o acuerde con la Fiscalía, pero se estuviese ante

las prohibiciones del artículo 26 de la Ley 1121 del 2006, no hay lugar a aplicar el incremento punitivo del artículo 14 de la Ley 890 del 2004.

Lineamiento que parte de la base de que la Ley 1121 del 2006 prohíbe conceder cualquier tipo de prebendas cuando, como en este caso, se trate del delito de extorsión, razón por la cual no se entiende que se aplique el aumento señalado, cuando su razón de ser es la de propiciar una justicia premial.

En esta providencia, concluyó la Corte:

«Por consiguiente, a la luz de la argumentación aquí desarrollada, fuerza concluir que habiendo decaído la justificación del aumento de penas del art. 14 de la Ley 890 de 2004, en relación con los delitos incluidos en el art. 26 de la Ley 1121 de 2006 –para los que no proceden rebajas de pena por allanamiento o preacuerdo–, tal incremento punitivo, además de resultar injusto y contrario a la dignidad humana, queda carente de fundamentación, conculcándose de esta manera la garantía de proporcionalidad de la pena.

Así mismo, en ejercicio de su función de unificación de la jurisprudencia, la Sala advierte que, en lo sucesivo, una hermenéutica constitucional apunta a afirmar que los aumentos de pena previstos en el art. 14 de la Ley 890 de 2004 son inaplicables frente a los delitos reseñados en el art. 26 de la Ley 1121 de 2006. No sin antes advertir que tal determinación de ninguna manera comporta una discriminación injustificada, en relación con los acusados por otros delitos que sí admiten rebajas de pena por allanamiento y preacuerdo, como quiera que, en eventos de condenas precedidas del juicio oral, la mayor intensidad punitiva no sería el producto de una distinción arbitraria en el momento de la tipificación legal, ajustada por la Corte, sino el resultado de haber sido vencido el procesado en el juicio, sin haber optado por el acogimiento a los incentivos procesales ofrecidos por el legislador; mientras que, frente a sentencias condenatorias

por aceptación de cargos, la menor punibilidad, precisamente, sería la consecuencia de haberse acudido a ese margen de negociación, actualmente inaccesible a los delitos referidos en el art. 26 de la Ley 1121 de 2006.».

Con posterioridad, el 19 de junio siguiente, dentro del radicado 39.719, reiteró:

«Durante las alegaciones orales, de consuno la Fiscalía y la representación del Ministerio Público, pidieron se aplicase de oficio, en favor del procesado, la más reciente jurisprudencia de la Sala, consignada en el radicado 33254 del 27 de febrero de 2013.

La decisión en comento, cabe recordar, a partir de la aplicación del principio de proporcionalidad y la verificación del querer del legislador al expedir la Ley 890 de 2004, concluyó que a los delitos a los cuales cobija la prohibición de rebajas o beneficios del artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, entre ellos la conducta punible de extorsión, no les es aplicable el incremento generalizado de pena establecido en el artículo 14 de la primera normatividad citada.

Empero, de lo expuesto por la Corte hacen los representantes de la Fiscalía y la Procuraduría una equivocada lectura, pues, no deriva de allí que la eliminación del incremento opere general e indiscriminada para esos delitos reseñados en el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, sin que importen las vicisitudes procesales del caso concreto.

Todo lo contrario, en la jurisprudencia objeto de análisis, dentro al apartado final del tópico referido al tema en cuestión, la Corte advirtió: (...)

Claramente el apartado transcrito contiene una restricción al concepto de inaplicación del aumento de penas establecido en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, pues, precisamente para que el principio de igualdad respecto de personas a quienes se condena por la vía ordinaria en delitos diferentes, no sea vulnerado, establece como

premisa básica que el no incremento sólo opera cuando el procesado se acoge a los mandamientos de justicia premial que contienen las figuras del allanamiento a cargos y preacuerdos.

Vale decir, en los casos en los cuales la persona vinculada por delitos contemplados en el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, no hace manifiesta su intención de acogerse a la terminación anticipada del proceso, vía allanamiento o preacuerdo, y ello no se materializa en la consecuente definición anticipada del asunto, la pena aplicable debe consultar también el incremento dispuesto en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

Pues, de no ocurrir así quedaría huérfana de soporte la tesis que gobierna la jurisprudencia examinada, que tiene como objeto central de definición la imposibilidad de incrementar penas de Ley 890, a quienes no acceden a la justicia premial.

Cuando el asunto discurre por el camino ordinario del juicio oral, ya se hace necesario igualar a todas las personas de conformidad con lo establecido por el artículo 14 de la tantas veces citada Ley 890 de 2004, no sólo porque aquí en nada incide la justicia premial, sino porque de no hacerse así se establece una desigualdad gratuita e injustificada a favor de quienes, precisamente, cometen delitos graves que el legislador estimó necesitados de más draconiano trato.

Por lo demás, si se dejara de lado la necesaria acotación del criterio establecido por la Corte, ningún sentido tendría la exhortación que en la decisión jurisprudencial objeto de examen, se hace para que el legislador en lugar de limitar las posibilidades de terminar los asuntos rápidamente a través de los mecanismos de justicia premial, las flexibilice a efectos de hacer funcional y eficaz el sistema, so pena de su colapso.

Apenas natural surge que si la posibilidad del no incremento de pena en los delitos objeto de prohibición de beneficios, resulta consecuencia de acceder a alguno de los institutos de justicia premial, ello servirá de acicate para que así suceda y se eviten los efectos dañosos

de la congestión judicial.

En consecuencia, la Corte reafirma que por inescapables razones de igualdad y funcionalidad del sistema, la prohibición del incremento de penas general dispuesto en el artículo 14 de la ley 890 de 2004, respecto de los delitos enlistados en el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, únicamente remite a aquellos casos en los cuales la persona se allanó a cargos o llegó a un acuerdo con la Fiscalía y en atención a ello se terminó anticipadamente el proceso».

Postura que se acredita en el caso sub examine, dado que HELBER ENRIQUE CASTRO HERNÁNDEZ en la audiencia de imputación de manera libre, consciente y voluntario se allanó a los cargos formulados por la Fiscalía, aceptación que constituyó el soporte de la sentencia de condena y en la dosificación punitiva se aplicó el aumento de pena consagrado en el artículo 14 de la Ley 890 del 2004, pero se le negó la rebaja del artículo 351 procesal, porque así lo reglaba el 26 de La Ley 1121 del 2006.

En ese orden, no son necesarias, entonces, mayores lucubraciones jurídicas o fácticas para concluir que, en efecto, se presentó un cambio favorable de jurisprudencia en el aspecto de la punibilidad, motivo por el cual resulta material y formalmente ajustada la causal de revisión contemplada en el numeral 7° del artículo 192 del Código de Procedimiento Penal de 2004, invocada por el apoderado del sentenciado.

En consecuencia, la Sala declarará fundada la acción de revisión objeto de estudio, por lo que dejará sin efecto la dosificación punitiva contenida en la sentencia condenatoria dictada contra HELBER ENRIQUE CASTRO HERNÁNDEZ y, en su lugar, procederá a emitir la providencia respectiva, tal y como lo dispone el numeral 1° del artículo 196 de la Ley 906 de 2004¹³

, sin tener en cuenta los aumentos contemplados en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, con la precisión que se respetaran los criterios adoptados por el a quo al

momento de dosificar la pena.

Precisión que resulta pertinente pues revisado el proceso de individualización de la pena puede advertirse que no obstante el sentenciado CASTRO HERNÁNDEZ haber aceptado en la audiencia imputación el delito de extorsión agravada en la modalidad de tentativa, conforme los artículos 27, 244, 245 numeral 3º -si el constreñimiento se hace consistir en amenaza de ejecutar muerte, lesión o secuestro- del Código Penal, con las modificaciones de los artículo 5º y 6º de la Ley 733 de 2002, respectivamente, y 14 de la Ley 890 de 2004¹⁴; imputación reiterada no solamente en el escrito de acusación¹⁵, sino en la audiencia de verificación y aceptación de cargos e individualización de pena y sentencia, cuando la Juez interroga nuevamente al imputado sobre su «decisión de allanarse a cargos y es instruido por su apoderado frente a las consecuencias del allanamiento» y anuncia el sentido del fallo condenatorio¹⁶, finalmente al momento de proferirse la sentencia no se consideró el aumento de pena de «hasta en una tercera parte y multa de 3.000 a 6.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes» por la circunstancia de agravación consagrada en el numeral 3º del artículo 245 del Código Penal, con sus respectivas modificaciones, artículo 6º de la Ley 733 de 2002¹⁷.

Debe insistirse, el juicio rescindente de la acción de revisión no opera en relación con trámites o actuaciones ya agotados, independientemente de que se evidencien irregularidades u omisiones trascendentes en curso del proceso, las cuales, debieron tener como escenario natural de discusión los recursos ordinarios o el extraordinario de casación.

Así las cosas, para efectos de la concreción de la pena en esta instancia no se considerará la circunstancia de agravación contemplada en el artículo 245 numeral 3º del Código Penal, debidamente imputada pero no considerada en la sentencia de instancia

ni por el Tribunal.

En ese orden, el artículo 244 del Código Penal, modificado por el artículo 5º de la Ley 733 de 2002, contempla una pena de prisión de 12 a 16 años -144 a 192 meses- y multa de 600 a 1200 salarios mínimos legales mensuales vigentes, pero como se trata de una conducta en grado de tentativa, debe considerarse lo dispuesto en el artículo 27 del Código Penal, es decir, la pena no puede ser menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada. De esta forma, la pena, queda de 72 a 144 meses de prisión y multa de 300 a 900 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

El juzgador se ubicó en el cuarto inferior, que en este caso y atendiendo la prosperidad de la acción, oscila entre 72 a 90 meses de prisión y multa de 300 a 450 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Ahora, como las instancias individualizaron la pena en los citados mínimos, criterio que como se indicara no puede ser modificado, se fija la sanción en 72 meses (6 años) de prisión y multa de 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes, que será la que en definitiva tendrá que purgar el sentenciado CASTRO HERNÁNDEZ.

Como el artículo 52 del Código Penal inciso 3º, prevé que la pena de prisión conllevara la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un tiempo igual al de la pena a que accede, ésta se fijará en el mismo término de la pena principal privativa de la libertad.

En conclusión, se tiene que las penas que debe cumplir el sentenciado HELBER ENRIQUE CASTRO HERNÁNDEZ son de 72 meses de prisión (6 años) y multa de 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2010, al igual que la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso igual que el de la pena privativa de la libertad.

Finalmente se tiene que HELBER ENRIQUE CASTRO HERNÁNDEZ fue privado de su libertad el 12 de mayo de 2010, de donde se concluye que por tiempo físico al momento de registro de esta decisión (27 de noviembre de 2014), lleva 4 años, 6 meses 17 días¹⁸ privado de su libertad, tiempo inferior al que fue condenado, esto es, 72 meses; por tanto, no tendría derecho a la concesión de la libertad por pena cumplida, máxime que en este momento no existe constancias procesales que permitan determinar si el sentenciado ha redimido pena por estudio y/o trabajo.

Ahora, la Sala se abstendrá de pronunciarse frente a la libertad condicional pues de hacerlo estaría limitando la posibilidad de la segunda instancia como si sucedería si fuera el juez de ejecución de penas el que lo hiciera.

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

PRIMERO. DECLARAR FUNDADA la causal de revisión invocada por el defensor de HELBER ENRIQUE CASTRO HERNÁNDEZ y en lo que tiene que ver con la inaplicabilidad del aumento de pena conforme las previsiones del artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

SEGUNDO. DECLARAR SIN VALOR, PARCIALMENTE, la sanción impuesta en las sentencias del 9 de agosto y 17 de septiembre de 2010, proferidas, en su orden, por el Juzgado 19 Penal Municipal de Conocimiento de Bogotá y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de esta ciudad, exclusivamente para dejar en 6 años de prisión, multa de 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes en el año 2010 e inhabilitación de derechos y funciones públicas por un lapso igual a la pena privativa de la libertad, siendo estas las penas que debe cumplir HELBER ENRIQUE CASTRO HERNÁNDEZ, como autor del delito de tentativa de extorsión agravada por el que fue condenado.

En todo lo demás, los fallos permanecen vigentes.

Contra esta decisión no procede ningún recurso.

Notifíquese y cúmplase.

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

ACLARACIÓN DE VOTO

Con el respeto debido hacia las opiniones y el criterio ajenos, procedo a consignar las razones que me llevaron a aclarar el voto en relación con la decisión adoptada por la Sala dentro de este proceso, a través de la cual se declaró fundada la acción de revisión

presentada por el apoderado de HELBER ENRIQUE CASTRO HERNÁNDEZ propuesta contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá que confirmó la condena dictada en primera instancia por el Juzgado 19 Penal Municipal de la misma sede por el delito de extorsión agravada en grado de tentativa.

Dos son los aspectos respecto de los cuales procederé a aclarar mi voto: i) frente a la postura prolijada por la Sala mayoritaria según la cual procede la rebaja de pena consagrada en el artículo 269 del Código Penal, por reparación, para las conductas incluidas dentro de las prohibiciones establecidas en el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, referidas a los punibles de terrorismo, financiación del terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y delitos conexos, siempre que fueran cometidos dentro de su vigencia, con independencia de si se trataba del sistema procesal reglado en la Ley 600 de 2000 o en la Ley 906 de 2004¹⁹ y ii) en lo atinente a la posición también asumida por la Sala mayoritaria en cuanto a que es improcedente el incremento generalizado de penas consagrado en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 para esas mismas conductas con el fin de permitir un margen de maniobra a la Fiscalía en procura de conseguir fallos anticipados por vía de los acuerdos y allanamientos, porque con ello se violaría el principio de proporcionalidad de la sanción²⁰.

Pues bien, en lo que incumbe al primer punto considero que, contrario a lo definido mayoritariamente, no es procedente la rebaja de pena por reparación respecto del delito de extorsión, dada la expresa prohibición introducida por el legislador en el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006.

De esa manera, bien está evocar el claro texto de la citada disposición, según el cual:

“ARTÍCULO 26. EXCLUSIÓN DE BENEFICIOS Y SUBROGADOS. Cuando se trate de delitos de terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos, no

procederán las rebajas de pena por sentencia anticipada y confesión, ni se concederán subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad de condena de ejecución condicional o suspensión condicional de ejecución de la pena, o libertad condicional. Tampoco a la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, ni habrá lugar ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea eficaz” (subraya fuera de texto).

Del citado precepto se establece que tratándose del delito de extorsión no es procedente descuento punitivo alguno, tanto menos el derivado de la reparación a la víctima por parte de autores o partícipes, según ya lo tenía suficientemente decantado esta Colegiatura, como así se consignó en sentencia de casación del 29 de julio de 2008 (Rad. 29788), al señalar:

“La Corte puede afirmar sin dubitación alguna que el querer del legislador al promulgar la norma cuestionada fue negar en adelante, cualquier posibilidad de descuento o subrogado penal a los condenados por los delitos de terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos, sin distinguir el sistema procesal en el cual regiría” (subraya fuera de texto).

Es importante recordar que si bien en el Proyecto de Ley No 208 que cursó en el Senado (138 en Cámara) , “por el cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones”, no aparecía en un principio el citado precepto prohibitivo de beneficios, en las modificaciones efectuadas por los ponentes Germán Vargas Lleras, Ciro Ramírez Pinzón, Mario Uribe Escobar y Héctor Helí Rojas se introdujo tal norma, cuya inclusión fue aprobada por la Comisión Primera del Senado de la República²¹, la cual únicamente fue modificada ulteriormente al marginar el delito de secuestro simple e incluir el punible de financiación del terrorismo.

Los motivos expuestos para establecer la prohibición de beneficios fueron:

“Se propone introducir un artículo nuevo, retomando el artículo 11 de la Ley 733 de 2002, a través del cual se excluyó la posibilidad de conceder subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena cuando se trate de delitos de terrorismo, financiación del terrorismo, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión y conexos.

Ello por cuanto en reciente sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia el 14 de marzo de 2006, dicha Corporación consideró que las prohibiciones contenidas en el artículo 11 de la mencionada Ley 733 no son aplicables a los delitos de extorsión, secuestro, terrorismo y conexos cometidos a partir del 1 de enero de 2005 en los distritos en que rige a plenitud la Ley 906 de 2004.

Bajo esta perspectiva, estaríamos avocados a que los terroristas, secuestradores y extorsionistas, no estén reclusos en la cárcel, al considerar que el artículo 11 quedó derogado al entrar en vigencia el nuevo sistema procesal” (subrayas fuera de texto).

Conforme a lo anterior, es palmario que si por razones de política criminal, más específicamente de política penal, la pretensión del legislador fue la de excluir a los condenados por delitos de terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos, de cualquier rebaja de pena o subrogado penal, no resulta procedente aducir que en aras de preservar la justicia restaurativa o los derechos de las víctimas, sea viable interpretar el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006 en el sentido de que allí no se prohíbe la rebaja de pena por reparación para el delito de extorsión y que por ello es viable dar aplicación al artículo 269 de la Ley 599 de 2000 para los condenados por tal punible.

Si de acuerdo con una regla interpretativa de vieja data donde el legislador no distingue es improcedente que el intérprete lo haga, no resulta plausible reconocer rebaja

de pena para quien repare a la víctima de un delito de extorsión, pues esa no es la voluntad del legislador, ni es lo que se deduce del texto legal analizado.

No en vano el artículo 27 del Código Civil colombiano establece que “Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu”, y a renglón seguido puntualiza: “Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento”.

De acuerdo con la disposición transcrita puede colegirse, de una parte, que el artículo 26 de la Ley 1126 de 2006 es lo suficientemente claro en cuanto se refiere a negar toda rebaja de pena o subrogado penal a quienes fueren condenados, entre otros, por el delito de extorsión. Y, de otra, que al consultar la exposición de motivos para que el legislador introdujera dicho precepto, logra establecerse que su finalidad no fue otra a la de responder con dureza punitiva a la comisión de tales punibles, sin permitir, se reitera, las rebajas de penas o el otorgamiento de subrogados.

Esto último como respuesta necesaria y proporcional del legislador al clamor de una sociedad inerme que ve cómo se han incrementado desorbitadamente estas modalidades delictivas, a cargo, generalmente, de estructuradas organizaciones que han encontrado en la extorsión una fuente inagotable de ingresos, sacando provecho del temor y el estado de indefensión del ciudadano ante el abandono de un Estado que, en la realidad, no logra garantizar su seguridad.

Es por eso que a través de la jurisprudencia no se puede descocer el propósito exteriorizado del constituyente derivado de erradicar o, por lo menos, atemperar esa realidad criminal, mediante el instrumento legítimo que hace parte de su libertad de configuración legislativa en materia penal, de negar todo beneficio o subrogado a quienes sean condenados por tales delincuencias, incluyéndose allí, desde luego, la

reducción de pena por reparación consagrada en el mencionado artículo 269 del Código Penal para los delitos contra el patrimonio económico, como se venía sosteniendo por la Sala hasta antes de esta variación de la cual me aparto.

Es que el bien intencionado objetivo perseguido con el cambio jurisprudencial de velar, a tono con la tendencia actual de la Corte, por los derechos de las víctimas mediante la materialización a su favor de la denominada justicia restaurativa en el sentido de “propiciar y estimular la reparación de los perjuicios por medio de consecuencias favorables para el agresor”, realmente logra el efecto contrario, por las siguientes razones:

En primer lugar, porque ubica a las víctimas en un plano regresivo, como si su interés dentro del proceso penal fuera exclusivamente el de obtener un resarcimiento económico, dejando de lado la evolución que sobre al particular han labrado Corte Constitucional y esta Sala en cuanto a que su rol se ha redimensionado para dar paso a la búsqueda de los derechos de verdad y justicia.

En segundo término, por considerar que el principio de conmutatividad, cuyo propósito es el de buscar un punto de equilibrio entre el dolor ocasionado a los ofendidos y al que por haberlo infligido debe soportar el agresor, se satisface con el excesivo descuento punitivo contenido en la norma “de la mitad a las tres cuartas partes”, el cual no sólo torna inanes los esfuerzos del legislador ya referidos, tendientes a combatir y erradicar ciertas modalidades delictivas, sino que deja prácticamente en la impunidad la comisión, como ocurría antes de la veda implementada con la Ley 1121, del delito de extorsión, desconociendo que se trata de un comportamiento de enorme gravedad y actualidad que principalmente afecta la autonomía personal y trae consigo un inmenso grado de zozobra a quien lo padece, en tanto la mayoría de las veces la amenaza o factor intimidante utilizado va dirigido a causar daño a la vida o integridad propia o a la del grupo familiar.

En tercer lugar, la tesis prohienda por la Sala mayoritaria se muestra distante de la realidad social, en donde la víctima indefensa, que ya ha sido coaccionada una vez, por cuenta, en su generalidad y como ya se dijo, de organizaciones delictivas con gran capacidad de daño, debe soportar una segunda coerción para aceptar la cantidad ofrecida como reparación, haciéndose así acreedores al significativo descuento punitivo que otorga la norma, siendo, por tanto, objeto de una nueva victimización.

Tal postura, por último, que en la práctica, según lo expuesto, patrocina la impunidad del delito de extorsión en contravía con el fin perseguido por el legislador, correlativamente lacera, a diferencia de lo que se expone en la decisión mayoritaria, la credibilidad del ciudadano en la Administración de Justicia, quien espera una sanción efectiva de este tipo de conductas.

Ahora bien, en lo que atañe al segundo punto que amerita mi aclaración debo manifestar que si bien corresponde a los funcionarios judiciales interpretar la legislación y no limitarse a ser únicamente la “boca de la ley” mediante el escueto proceso de subsunción derivado del “silogismo de la justicia”, en el cual la premisa mayor era el texto legal, la premisa menor el caso y de allí se extraía, sin más, la consecuencia, como en su momento lo postuló Cesare Beccaría, uno de los adalides del Estado de derecho, también considero ineludible recordar que en virtud del artículo 230 de la Carta Política, los jueces estamos sometidos al imperio de la ley, y en virtud de ello, no resulta viable que invocando el principio de proporcionalidad de la pena, se desborden los precisos lineamientos dispuestos por el legislador en punto de la imposición de las sanciones, pues ello no solamente comporta desorden e inclusive arbitrariedad, sino que rompe con el principio de seguridad jurídica, amén del principio de legalidad tan caro a los sistemas jurídicos democráticos de derecho.

Olvida la Sala mayoritaria que el principio de proporcionalidad de la pena se encuentra

limitado por los precisos baremos dispuestos en la ley, dentro de los cuales se encuentra el ámbito de movilidad punitiva del sentenciador, pues de no haber sido tal el querer del legislador, habría señalado que la tasación de la pena fuera establecida prudencialmente por el juzgador conforme a ciertos criterios, sin establecer mínimos y máximos.

Tan cierto será lo anterior, que fue con la Ley 599 de 2000 que el legislador delimitó aún más el ámbito de discrecionalidad de los jueces en la cuantificación de las penas, al incorporar el sistema de cuartos, circunstancia a partir de la cual puede colegirse que, contrario a la tesis mayoritaria, se ha pretendido conseguir la interdicción de la arbitrariedad, en procura de honrar el principio de legalidad.

Para una mejor comprensión de mi desacuerdo con la referida decisión, me permito rememorar que:

1. Mediante la Ley 906 del 31 de agosto de 2004 se implementó el sistema penal acusatorio, vigente gradualmente a partir del 1º de enero de 2005.
2. El 7 de julio de la misma anualidad se sancionó la Ley 890 a través de la cual, fundamentalmente, se incrementaron las sanciones establecidas en la Ley 599 de 2000, con el propósito de otorgar un margen de maniobra a la Fiscalía General de la Nación en la negociación de las penas en procura de conseguir acuerdos y allanamientos con los procesados, según se constata sin dificultad en las exposiciones y debates que en el Congreso de la República se libraron sobre tal normatividad, como sigue:
 - i) “Atendiendo los fundamentos del sistema acusatorio, que prevé mecanismos de negociación y preacuerdos, en claro beneficio para la administración de justicia y los acusados, se modifican las penas...”²² (subrayas fuera de texto).
 - ii) “La razón que sustenta tales incrementos (de las penas establecidas en la Ley

599 de 2000, se aclara) está ligada con la adopción de un sistema de rebaja de penas, materia regulada en el Código de Procedimiento Penal, que surge como resultado de la implementación de mecanismos de ‘colaboración’ con la justicia que permitan el desarrollo eficaz de las investigaciones en contra de grupos de delincuencia organizada y, al mismo tiempo, aseguren la imposición de sanciones proporcionales a la naturaleza de los delitos que se castigan”²³ (subrayas fuera de texto).

iii) “El primer grupo de normas (aquellas relativas a la dosificación de la pena, se aclara), está ligado a las disposiciones del estatuto procesal penal (Ley 906 de 2004, se precisa) de rebaja de penas y colaboración con la justicia, que le permitan un adecuado margen de maniobra a la Fiscalía, de modo que las sanciones que finalmente se impongan guarden proporción con la gravedad de los hechos, y a la articulación de las normas sustantivas con la nueva estructura del proceso penal”²⁴ (subrayas fuera de texto).

iv) “Teniendo en cuenta que se hace necesario ajustar las disposiciones del Código Penal a los requerimientos que implica la adopción y puesta en marcha del sistema acusatorio, solicitamos a la Plenaria de la Cámara de Representantes dar segundo debate al proyecto de ley número 251 de 2004 Cámara, 01 de 2003 Senado”²⁵ (subrayas fuera de texto).

v) “El actual proyecto de ley, insisto hasta la saciedad, únicamente tiene una justificación y una explicación: permitir poner en funcionamiento el Código de Procedimiento Penal, que se convertirá en ley de la república y que fue expedido por esta Corporación”²⁶ (subrayas fuera de texto).

vi) “Lo que hay que modificar son algunos artículos del Código, en razón a que como entra a operar el sistema acusatorio será necesario aumentar algunas penas

para que haya margen de negociación, porque de lo contrario la sociedad se vería burlada con base en las rebajas que pueda hacer el fiscal”²⁷.

De modo que el objetivo perseguido por el legislador con la implementación de la Ley 890 de 2004 no riñe con el de artículo 26 de la Ley 1121 de 2006 porque, conforme atrás se explicó, éste consistió en excluir a los condenados por delitos de terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos, de cualquier rebaja de pena o subrogado penal, por tanto, no resulta atinado aducir que en aras de preservar el principio de proporcionalidad de la pena, sea viable asumir que al negarse las rebajas de pena por sentencias anticipadas derivadas de acuerdos o allanamientos, no es procedente el incremento punitivo dispuesto en la Ley 890 de 2004 para los condenados, entre otros, por el delito de extorsión.

4. De otro lado, he de hacer hincapié que mi punto de vista disidente frente a esta posición también se robustece con las razones de política criminal y de protección de los derechos de las víctimas que llevaron a consagrar la prohibición del artículo 26 de la Ley 1121 de 2006 expuestas en precedencia y a las cuales me remito.

Conforme a los planteamientos aducidos, evidente deviene que no comparto las posturas de la Sala sobre las materias vistas.

Con la mayor atención,

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

Magistrada

Fecha ut supra.

1 Folio 3 Carpeta Juzgado de Instancia

2 Consideró la juez a quo «Teniendo en cuenta la sentencia de constitucionalidad C-073 de febrero 10 de 2010, que declaró exequible el contenido del artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, que al tenor literal dice:

(...)

... En ese orden de ideas, la negación para acceder a la rebaja de pena por allanamiento y cargos, no puede considerarse contraria al ordenamiento jurídico y así se aplicará para el caso de HELBER ENRIQUE CASTRO HERNÁNDEZ...». Fls. 73-74 Carpeta Juzgado de Instancia

3 Señaló el juez a quem luego de citar jurisprudencia de la Sala (SP, 1º Jul. 2009, Rad. 30800) «Así las cosas, no prospera el pedimento principal del defensor apelante relativo al otorgamiento de la rebaja de pena por reparación, dada la expresa prohibición legal consagrada en el artículo 26 de la ley 1121/06, la que además se proyecta a los otros beneficios y subrogados impetrados subsidiariamente por el citado recurrente». Fls. 104-105 Carpeta Juzgado de instancia

4 Citada en la sentencia T 442 de 2007 de la Corte Constitucional.

5 Con la jurisprudencia cita del radicado 43624 se modificó el criterio que se aplicó en la acción de tutela con radicado 64892

6 ARTICULO 269. REPARACION. El juez disminuirá las penas señaladas en los capítulos anteriores de la mitad a las tres cuartas partes, si antes de dictarse sentencia de primera o única instancia, el responsable restituyere el objeto material del delito o su valor, e indemnizare los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado.

7 ARTÍCULO 26. EXCLUSIÓN DE BENEFICIOS Y SUBROGADOS. Cuando se trate de delitos de terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos, no procederán las rebajas de pena por sentencia anticipada y confesión, ni se concederán subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad de condena de ejecución condicional o suspensión condicional de ejecución de la pena, o libertad condicional. Tampoco a la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, ni habrá lugar ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea eficaz.

8 Tal como se explica en la sentencia de casación de 26 de septiembre de 2006 radicado 25741, lo cual fue ratificado, entre otras, en sentencia de casación de 3 de diciembre de 2009 radicado 32768.

9 CSJ SP, 19 Jun. 2013, Rad. 39719

10 CSJ SP, 9 Ab. 2008, Rad. 28161

11 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 2 de febrero de 2001, rad. núm. 18904.

12 CSJ SP, 18 Jun. 2002, Rad. 19464

13 “Revisión de la sentencia. Si la Sala encuentra fundada la causal invocada, procederá de la siguiente forma:

1. Declarará sin valor la sentencia motivo de la acción y dictará la providencia que corresponda cuando se trate de prescripción de la acción penal, ilegitimidad del querellante, caducidad de la querella, o cualquier otro evento generador de extinción de la acción penal, y la causal aludida sea el cambio favorable del criterio jurídico de

sentencia emanada de la Corte.” (Se destaca).

14 Fl. 3 Carpeta allegada por el Juzgado

15 Fls. 10 ibídem. En la hoja No. 2 del escrito radicado por la fiscalía con fundamento en la aceptación de cargos ante el juez de conocimiento se precisa: “4. Formulación de imputación. Los hechos endilgados y aceptados por el imputado en desarrollo de la audiencia preliminar surtida ante el Juzgado 45 Penal Municipal con función de control de garantías, obtienen adecuación en el reato de EXTORSIÓN EN EL GRADO DE TENTATIVA a que aluden los artículos 244 y 245 numeral 3ro de la ley 599 de 2000, modificado por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 y ley 733 de 2002 y Art. 27 del C.P.” Subrayas de la Sala.

16 Se consignó en aquella oportunidad “... De tal forma que le indica al imputado que no le será aplicable la disminución por aceptación de cargos. Así mismo, que será declarado responsable del delito de EXTORSION AGRAVADA EN EL GRADO DE TENTATIVA, pues los medios de convicción allegados por la Fiscalía, llevan a inferir su responsabilidad, y es procedente emitir fallo condenatorio.” Resaltado fuera de texto.

17 “La pena para el delito de extorsión se encuentra prevista en el artículo 244 del C.P., norma modificada por la Ley 733 de 2002, la cual oscila entre doce (12) a dieciséis (16) años de prisión y multa de seiscientos (600) a mil doscientos (1200) SMLMV.

Estos extremos punitivos fueron a su vez modificados por la Ley 890 de 2004 en cuyo artículo 14 previó un aumento generalizado de penas para todos los delitos de tercer parte en el mínimo y de la mitad en el máximo quedando los extremos punitivos discriminados en dieciséis (16) años en el mínimo y veinticuatro (24) años en el máximo y multa de ochocientos (800) a mil ochocientos (1800) SMLMV

Pero como quiera que el comportamiento fue calificado como tentado, los extremos de la pena se reducen de conformidad con lo previsto en el artículo 27 del C.P., es decir que la pena no podrá ser inferior a la mitad del mínimo ni superior a las tres cuartas partes del máximo, la pena imponible se fija entonces en ocho (8) años en el mínimo y dieciocho (18) años en el máximo y multa de cuatrocientos (400) a mil trescientos cincuenta (1350) SMLMV.

(...) En tal medida para el despacho, la pena mínima prevista en la ley para el delito de extorsión agravada tentada, resulta suficiente y proporcional respecto de la modalidad en la que se cometió el hecho y los efectos nocivos para la víctima, por lo que el Juzgado fijará como pena de prisión imponible la de ocho (8) años de prisión y multa de cuatrocientos (400) salarios mínimos legales mensuales vigentes...”

18 La captura del sentenciado fue el 12 de mayo de 2010, por tanto durante el año 2010 purgó físicamente 7 meses y 20 días, en el 2011 12 meses, en el 2012 12 meses, en el 2012 12 meses, en el 2014 11 meses 27 días, para un total de 54 meses y 17 días.

19 Cfr. Sentencia del 6 de junio de 2012, rad. 35767.

20 Cfr. Sentencia de 26 de febrero de 2013, rad. 33254.

Cfr. Gaceta del Congreso No. 132 del 19 de mayo de 2006. págs. 9-10.

22 Exposición de motivos del Proyecto de ley por el cual se modifica la Ley 599 de 2000.

23 Ponencia para primer debate al Proyecto de ley 01 de 2003 por el cual se modifica la Ley 599 de 2000. Senado.

24 Informe de ponencia para primer debate al Proyecto de ley 251 de 2004 por el cual se modifica la Ley 599 de 2000. Cámara de Representantes.

25 Informe de ponencia para segundo debate al Proyecto de ley 251 de 2004 por el cual se modifica la Ley 599 de 2000. Cámara de Representantes.

26 Intervención del Vicefiscal General de la Nación en el segundo debate al Proyecto de ley 251 de 2004 por el cual se modifica la Ley 599 de 2000. Cámara de Representantes.

27 Discusión en segundo debate del Proyecto de ley 251 de 2004 por el cual se modifica la Ley 599 de 2000. Cámara de Representantes.