

HUGO QUINTERO BERNATE

Magistrado Ponente

SP3112-2021

Radicación No. 50109

(Aprobado Acta No.172)

Bogotá, D.C., siete (7) de julio de dos mil veintiuno (2021).

La Corte decide el recurso extraordinario de casación interpuesto por los defensores de JOSÉ ALBEIRO VALENCIA MARULANDA y RODRIGO OSPINA CLAVIJO, contra la sentencia del 30 de noviembre de 2016, dictada por el Tribunal Superior de Cali, que confirmó el fallo del Juzgado Quince Penal del Circuito de la misma ciudad, proferido el 30 de noviembre 2015, mediante el cual condenó a los acusados por el delito extorsión agravada.

HECHOS

El 29 de abril de 2003, mediante apoderado, María Eugenia Osorio Lozano radicó denuncia penal¹ por hechos ocurridos desde el 20 de enero de 2003, cuando JOSÉ ALBEIRO VALENCIA MARULANDA, acompañado de otras dos personas, se presentó en su casa ubicada en el sector El Caney en Cali, exigiéndole entregar el automóvil de su propiedad, Mazda de placa CFR 887, para recuperar parte de una inversión que habían realizado con Héctor Rolando Montalván –esposo de la denunciante—, a finales de diciembre de 2002 o comienzos de enero de 2003, con el fin de traer pescado bocachico desde Argentina, que comercializarían, en sociedad, en Colombia, para lo cual le entregaron US\$ 10.000, dinero con el cual éste desapareció.

Inicialmente la denunciante se negó a la exigencia, por no ser la deudora, pero ante el «tortuoso seguimiento...» del cual se le hizo víctima, con amenazas graves contra ella y sus hijos, debió ceder y entregar el automóvil marca Mazda línea 626 NMB, color strato perla, de placa CFR-88, en abril de 2003, luego que le devolvieran «unas joyas de su propiedad avaluadas en \$35.000.00», con el pretexto de que su costo real no pasaba de \$6.000.000, que ofreció como garantía, mientras su esposo retornaba al país.

ACTUACIONES PROCESALES

Con base en esa denuncia, el 19 de mayo de 2003 la Fiscalía Especializada dispuso adelantar indagación preliminar²; el 20 de octubre de 2003 decretó apertura de instrucción³, a la que fueron vinculados mediante indagatoria Víctor Mariano Guerra Herrera⁴, JOSÉ ALBEIRO VALENCIA MARULANDA⁵ y RODRIGO OSPINA CLAVIJO⁶, a quienes se les resolvió situación jurídica el 13 de febrero de 2006⁷ absteniéndose de imponerles medida de aseguramiento.

Luego de anularse la actuación en segunda instancia el 7 de enero de 2011⁸, bajo el supuesto de falta de competencia, asumió la investigación la Fiscalía 66 Delegada Seccional de Cali, que dispuso el cierre del ciclo instructivo el 17 de junio de 2011⁹. El 4 de noviembre de 2011¹⁰ acusó a Víctor Marino Guerra Herrera, JOSÉ ALBEIRO VALENCIA MARULANDA y RODRIGO OSPINA CLAVIJO, en calidad de coautores del delito de extorsión agravada (artículos 244 y 245, numeral 3°, del Código Penal, modificados, respectivamente, por los artículos 5 y 6 de la Ley 733 de 2002).

Para adelantar la etapa de juzgamiento la actuación se asignó al Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de Cali el 7 de febrero de 2012¹¹. Vencido el traslado previsto en el artículo 400 de la Ley 600 de 2000, la audiencia preparatoria se llevó a cabo el 17 de abril de 2013¹² y el juicio oral se inició el 9 de mayo de 2013. El 30 de mayo siguiente el expediente se reasignó al Juzgado Doce Penal de Circuito¹³. El 30 de septiembre de la misma anualidad, en

cumplimiento a nueva redistribución¹⁴, la actuación pasó al Juzgado Quince Penal del Circuito, despacho que concluyó el debate público el 16 de octubre de 2014 y profirió sentencia condenatoria el 30 de noviembre de 2015¹⁵ contra JOSÉ ALBEIRO VALENCIA MARULANDA y RODRIGO OSPINA CLAVIJO, a quienes les impuso las penas de prisión de 144 meses, multa equivalente a 3.000 s.m.l.m.v., por el delito de extorsión agravada y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la principal. En relación con Víctor Mariano Guerra Herrera declaró la extinción de la acción penal por muerte del acusado.

El 30 de noviembre de 2016 el Tribunal Superior de Cali (con salvamento de voto de uno de los integrantes de la Sala), confirmó la decisión de primera instancia.

Los defensores de los acusados interpusieron recurso de casación y presentaron los correspondientes escritos de sustentación.

Llegado el expediente a la Corte el 17 de abril de 2017, por auto del día 25 del mismo mes y año, la Sala admitió las demandas y de conformidad con el artículo 213 de la Ley 600 de 2000, corrió traslado al Ministerio Público.

LAS DEMANDAS

1. El defensor de JOSÉ ALBEIRO VALENCIA MARULANDA formuló un cargo contra la sentencia, al amparo de la causal primera del artículo 207 del Código de Procedimiento Penal de 2000, por violación directa de la ley sustancial, debido a exclusión evidente del artículo 32, numeral 10, del Código Penal y aplicación indebida de los artículos 244 y 245, ibídem.

A juicio del defensor, los hechos relatados por el acusado, según referencia que del contenido de su indagatoria se hace en la sentencia de segunda instancia, indican

(...) en forma desprevenida, objetiva y concienzuda [que] por su escasa instrucción o preparación académica, dedicado a la comercialización de verduras y otros víveres,... se dejó convencer de un tercero para realizar un negocio de venta de pescado, del cual pensó obtener unas pingües ganancias, pero que a la postre lo llevó a perder dinero al tener que cancelar una deuda de U\$10.000 con sus respectivos intereses, sin que pudiera tener conciencia de que tratar de recuperar ese dinero se calificaría como un delito y tendría una trascendencia penal. [Es decir, agrega, obró] sin haber tenido capacidad mental o cognoscitiva de la tipicidad y antijuridicidad de su comportamiento..., convencido de que su actuar era justificado en la medida que estaba cobrando un dinero que le pertenecía y que le había sido esquilmado dolosamente abusando de su buena fe... (Aun] si se extrema el rigor del análisis jurídico y el juicio de reproche [al] comportamiento de... VALENCIA MARULANDA por lo menos habrá de aceptarse que, a lo sumo, su conducta... constituye un punible de constreñimiento ilegal, mas no de extorsión agravada.

Concluye solicitando que se case la sentencia y se absuelva al procesado.

2. El defensor de RODRIGO CLAVIJO OSPINA formula dos cargos contra la sentencia.

2.1. El primer reproche, ateniéndose a los hechos que se declararon probados, lo propone, bajo la égida del numeral 1°, artículo 207, del Código de Procedimiento Penal de 2000, por la violación directa de los artículos 244 y 245, numeral 3, del Estatuto Punitivo, en la modalidad de aplicación indebida, al considerar los juzgadores que el hecho configuraba el delito de extorsión agravada, en cambio del constreñimiento ilegal, previsto en el artículo 182, ibídem, en cuanto el inculpado pretendió recuperar el dinero entregado en préstamo, por ser una obligación natural a cargo de María Eugenia Osorio Lozano, en su condición de cónyuge del deudor Héctor Rolando Montalván.

Precisa que el consecuente error de selección de la norma aplicable derivó de que el Tribunal ignoró que el elemento normativo del delito de extorsión, el provecho ilícito, no se

deducía de la exigencia persuasiva del pago de una obligación reconocida ante la Fiscalía por la denunciante.

2.2. El segundo cargo, lo postula con fundamento en la causal tercera de casación, por haberse proferido la sentencia en un juicio viciado de nulidad, originada en irregularidad que afecta el debido proceso, dado que se omitió la variación de calificación jurídica de la conducta, conforme lo señala el artículo 404 de la Ley 600 de 2000, ante la clara configuración del delito de constreñimiento ilegal, forma como se desatendió la jurisprudencia de la Corte (sentencia del 15 de junio de 2005, rad. 21629), que determinó cómo se resuelve el concurso aparente de tipos penales.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

1. En relación con la demanda presentada por el defensor de JOSÉ ALBEIRO VALENCIA MARULANDA, la Procuradora Segunda Delegada para la Casación Penal indicó que el error invencible, según la jurisprudencia (CSJ SP, 16 jul. 2014, rad. 37462) se presenta cuando «ni actuando de forma diligencia (sic) y cuidadosa, el autor habría podido llegar a otra conclusión...». Luego la causal de ausencia de responsabilidad no se respalda en el simple hecho de la precaria formación académica del procesado y el desconocimiento de las particularidades del tipo penal, sino en cuanto, pese al discernimiento en su actuar, las circunstancias propias del hecho lo hayan llevado a la conclusión errada de la inexistencia de ilicitud.

En el caso bajo examen, precisa, lo aducido por el acusado como justificación del comportamiento que se le imputó no fue el desconocimiento de la ilicitud de su conducta y haber obrado por influencia de esa ignorancia, sino, estricta y únicamente, la inexistencia de los actos de constreñimiento denunciados por la víctima, de donde no derivaba la concurrencia de un estado de insuperable falta de entendimiento sobre el carácter típico y antijurídico del hecho, lo cual excluye la prosperidad del cargo.

2. Con referencia al primer reparo de la demanda presentada por el defensor de RODRIGO CLAVIJO OSPINA, con apoyo en la decisión CSJ SP, 22 feb. 2017, rad. 43041, diferencia el constreñimiento ilegal y la extorsión, por el elemento objetivo “con el propósito de obtener provecho ilícito”. Por cuanto en este caso, el acusado admitió que María Eugenia Osorio Lozano negó tener conocimiento de la negociación o ser la deudora de suma de dinero alguna, además de que el vehículo era de su propiedad, cualquier requerimiento para conseguir de ella el pago de la obligación contraída por su marido, «devenía necesariamente contraria a derecho».

En consecuencia, en su opinión, tampoco está llamado a prosperar este cargo.

3. Solicita a la Corte se case oficiosamente la sentencia, pues la exigencia de los procesados era la entrega del automotor, y si bien lo recibieron en forma real, la tradición no se efectuó mediante el registro, conforme a lo reglado en el artículo 84 del Acuerdo 051 de 1983, en tanto que la ofendida presentó subsiguientemente la denuncia penal, impidiendo la consumación de la conducta punible, cometido en el grado de tentativa. Este criterio lo apoya, según se expresa, en la decisión CSJ SP, 31 may. 2012, rad. 37987.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. La Sala no se referirá a los presupuestos de lógica y debida fundamentación de las demandas, toda vez que por su admisión se entienden superados los defectos técnicos en la formulación de los cargos, por lo tanto, el objeto del análisis será, si el Tribunal incurrió en errores que supongan la modificación de la sentencia, o si, por el contrario, se mantiene indemne la doble presunción de acierto y legalidad de la cual se encuentra investida.

2. Desde ya se precisa que si bien el defensor de JOSÉ ALBEIRO VALENCIA MARULANDA alegó la violación directa de la ley sustancial, por no haberse reconocido que el acusado actuó “con error invencible de que no concurría en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica”, y en la fundamentación del cargo no se atiende a los hechos que el

Tribunal declaró probados, queda claro que la controversia, al final, se orienta a demostrar que en la conducta realizada no concurrió, al menos, el elemento subjetivo para configurar el delito de extorsión, por considerar el recurrente que la intención del procesado fue recuperar los U\$10.000 de los cuales, mediante engaño, se apoderó Rolando Montalván, proceder que, a lo sumo, a su juicio, configurarían el delito de constreñimiento ilegal.

En esa misma dirección, por la senda de la infracción inmediata, en el primer cargo propuesto por el defensor de RODRIGO OSPINA CLAVIJO, por aplicación indebida de los artículos 244 y 245, numeral 3, del Código Penal, y exclusión evidente del artículo 182, ibídem, considera que los hechos imputados no tipificaban el delito de extorsión agravada, sino la conducta delictiva de constreñimiento ilegal, pues la intención era recuperar el dinero que recibió el cónyuge de la denunciante, del cual se originó una obligación natural a cargo ésta.

En el segundo reparo considera que la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad, por no haberse variado la calificación jurídica provisional de la conducta delictiva, como lo permitía el artículo 404 del Estatuto Procesal de 2000.

En consecuencia, además de lo concerniente al error de tipo, el examen del caso enfatizará en el elemento diferenciador de los dos tipos penales a los cuales apunta el debate planteado por los recurrentes.

3. De la demanda presentada a favor de JOSE ALBEIRO VALENCIA MARULANDA.

Frente al cargo propuesto por el defensor, bajo el supuesto jurídico de la exclusión evidente del artículo 32, numeral 10, del Código Penal y la aplicación indebida de los artículos 244 y 245, ibídem, como ya se indicó, al margen de los desaciertos técnicos de la demanda, que comienzan por no sujetarse a los hechos declarados por el Tribunal como ciertos, si no que se atienen al relato que de los mismos hizo el condenado, no encuentra la Sala en los fundamentos de la sentencia impugnada que se haya admitido la existencia de error sobre

la conducta típica de manera que pudiera tener cabida la violación directa alegada.

3.1. Al contrario, en las sentencias de instancia, como unidad jurídica inescindible, se declaró probado, a través del testimonio de María Eugenia Osorio Lozano, que:

- Los acusados, por distintos medios y durante un lapso prolongado, la intimidaron, a fin de hacerle pagar US\$10.000 que le habían entregado a Héctor Rolando Montalván, esposo de la mencionada, como parte de un negocio en el cual ella no intervino.
- Habiéndose marchado del país Rolando Montalván, después de recibir el dinero, en comunicación con la denunciante reconoció el hecho, pero le aseguró haber devuelto a Víctor Mariano Guerra Herrera U\$1.500.
- Bajo amenazas, los inculpados terminaron obligando a María Eugenia Osorio Lozano a entregarles el vehículo de su propiedad y a comprometerse a firmar el traspaso, una vez RODRIGO OSPINA CLAVIJO pagara la obligación por la que tenía un gravamen a favor de la Corporación CONAVI.
- Los hechos no se denunciaron inicialmente, por el temor infundido de causarle daño a la denunciante y a sus hijos menores de edad. No obstante, como al final OSPINA CLAVIJO se negó a pagar la deuda en la corporación de ahorro y se quedó con el vehículo, María Eugenia Osorio decidió presentar la denuncia penal.

Así, determinó el a quo que los medios probatorios demostraron tanto la existencia del delito, como la responsabilidad de los procesados en la afectación al «bien jurídico del patrimonio económico y de la libertad de autodeterminación de la señora María Eugenia Osorio Lozano, conducta punible que se encuentra tipificada en nuestra legislación sustantiva penal en el artículo 244...»; en la que concurrió la causal tercera de agravación descrita en el artículo 245, ejusdem, por cuanto «el constreñimiento se hace consistir en amenaza de ejecutar la muerte, lesión o secuestro, o acto del cual pueda derivarse

calamidad, infortunio o peligro común». Además, agregó que:

(...) los procesados actuaron con pleno conocimiento de causa, sabedores de que estaba (sic) incurriendo en un comportamiento delictual, pues si bien ellos estaban cobrando un dinero que se le había entregado al esposo de la víctima, lo cual sería un objeto lícito, lo estaban cobrando a una persona que no era la titular de la obligación, ni se había constituido como garante o codeudora de esta, utilizando para ese fin amenazas de muerte o intimidaciones, [a pesar de que ella] no solo hacia ella, sino hacia sus hijos y a pesar de ello los agentes insistieron en su realización, por lo que el actuar resulta revestido de dolo, pues basta esta conciencia para que pueda declararse la existencia de este, el cual comporta el conocimiento que se está cometiendo un hecho punible y querer esa realización...

(...) si bien es cierto que el señor OSPINA CLAVIJO estaba cobrando un dinero que era de él y que le había sido entregado al señor Héctor Rolando Montalván para iniciar un negocio de importación de pescado, y que la misma víctima reconoce que su esposo debía ese dinero, puesto que éste en comunicación telefónica se lo confirmó, dicho dinero se le estaba exigiendo a la esposa, cobros que fueron hechos con amenazas de muerte e intimidaciones... no estaba en la obligación de pagar lo que no debía, razón por la cual la adecuación típica que se hace de la conducta desplegada por el procesado no encuadraría en el injusto de constreñimiento ilegal.

De tal manera que, como se indicó, no aparece expresa o tácitamente admitido que la conducta de alguna de los procesados, en concreto, la de JOSÉ ALBEIRO VALENCIA MARULANDA, pudiera haberse originado en error de tipo.

3.2. El Tribunal, por su parte, comenzó por cotejar los elementos estructurales de los delitos de constreñimiento ilegal y extorsión, con apoyo en la jurisprudencia de la Sala (CSJSP, 2 sep. 2008, rad. 25120, 25 mayo de 2005, rad. 17666 y 18 dic. 2013, rad. 37442), exponiendo, por tanto, que:

(...) a través de los testimonios de los tres procesados y de la víctima, se entiende probado que el señor Héctor Rolando Montalván adeudaba a los señores VÍCTOR MARIANO GUERRA, JOSÉ ALVEIRO (sic) VALENCIA MARULANDA y RODRIGO OSPINA CLAVIJO, la suma de Us10.000, que le habían sido entregados para el negocio de importación de pescado desde Argentina, en el que iban todos a tener participación, pero que fue incumplido por el señor Montalván, quien salió del país presuntamente a ejecutar el negocio, sin que se volviera a tener noticias de su ubicación y el capital entregado; que esta obligación era del señor Montalván y no de la señora Osorio Lozano.

De igual forma, el testimonio de la ofendida, del que ya se dijo, amerita credibilidad... se tiene que por la desconocida deuda de su cónyuge, los aquí procesados ejecutaron actos de presión y amenazas durante varios meses, para que la señora María Eugenia Osorio Lozano les entregara el vehículo de su propiedad como pago de una deuda que no era de ella, petición a la que finalmente accedió agobiada por las amenazas, sintiendo en peligro su vida e integridad física, ya que continuamente y de diversas formas, eran reiterativos en señalarle que sus hijos se iban a quedar sin mamá.

Sostienen los recurrentes que en este asunto por existir deuda previa no se configura el tipo penal de extorsión sino el de constreñimiento ilegal, apreciación que no comparte la colegiatura, por cuanto que olvida que quien celebró el mencionado negocio con ellos y les debía el dinero era el señor Héctor Rolando Montalván y no su esposa María Eugenia Lozano, a quien efectivamente presionaron para que lo cancelara, llevándola a entregar el vehículo de placa CFR 887 de su propiedad como pago que ella nunca constituyó o se obligó, debido a las continuas amenazas y asedio de que era víctima. En consecuencia, aunque existiera una deuda en cabeza del señor Montalván los procesados no estaban legitimados para cobrar la misma a la señora Osorio Lozano... ya que esta no era la deudora de la obligación, por tanto[,] no estaba compelida a cancelarla, y menos esta acreencia los autorizaba para cobrar el dinero a quien no era deudora de la forma en que los hicieron, intimidándola, amenazándola con hacerle daño con el fin de doblegar su voluntad.

(...) este cobro no puede ser catalogado como lícito, toda vez que la ofendida no tenía ninguna clase de compromiso, negocio o deuda con los procesados, afectando así su patrimonio económico.

(...)

(...) respecto de la causal de ausencia de responsabilidad que invoca el defensor del señor JOSÉ ALVEIRO (sic) VALENCIA MARULANDA, por haber obrado en legítimo ejercicio de un derecho, sirvan los argumentos antes planteados por la Sala para afirmar que el procesado no estaba amparado por esta causal eximente de responsabilidad...

Así las cosas, conforme a los hechos que halló probados el Tribunal, a los cuales debió atenerse el demandante, el cargo por violación directa de la ley sustancial, en la modalidad de exclusión evidente del artículo 32, numeral 10, del Código Penal, no está llamado a prosperar.

3.3. No obstante, como se precisó inicialmente, las razones expuestas por el defensor tienen como referente fáctico el relato del acusado ALBEIRO VALENCIA MARULANDA, considerando que, por causa de su escasa preparación académica y su actividad como modesto comerciante, creyó en el negocio que le propuso «un tercero», por el cual tuvo que pagar una suma superior al equivalente a US\$10.000. Ese dinero pretendió recuperarlo, se afirma, sin tener conciencia en su «capacidad mental o cognoscitiva de la tipicidad y antijuridicidad de su comportamiento..., por estar convencido de que su actuar era justificado en la medida que estaba cobrando un dinero que le pertenecía y que le había sido esquilmado dolosamente abusando de su buena fe».

Concluye el defensor, si acaso, pudiera considerarse realizado el delito de constreñimiento ilegal.

Pues bien, se refiere la norma supuestamente excluida, al error de tipo en tres eventos: (i)

«error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica»; (ii) «de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad» y; (iii) error sobre los elementos que posibilitarían un tipo penal más benigno».

En los dos primeros casos, no habrá lugar a responsabilidad penal, salvo que, siendo vencible el error, la conducta se encuentre prevista en la ley como culposa, lo cual no se presenta en este caso, por tratarse de un delito cuya única forma de culpabilidad es la dolosa. En la tercera hipótesis el agente responderá penalmente por «la realización del supuesto de hecho privilegiado».

En la sustentación de la demanda, el recurrente hace referencia tanto al error sobre la tipicidad de la conducta de extorsión, a la eventual concurrencia de una causal de ausencia de responsabilidad y a la interpretación equivocada respecto de la norma infringida, sin que se demuestre alguna de esas modalidades.

Sobre el tema la Corte (CSJAP, 19 mayo de 2008, rad. 28984) ha mantenido la siguiente línea de pensamiento consistente:

(...) [E]l inciso primero del numeral 10º del precepto transcrito [art. 32 de la Ley 599 de 2000] se refiere al error de tipo, es decir, aquel que recae sobre los elementos que integran el llamado tipo objetivo, que tiene la virtualidad de excluir la tipicidad dolosa y culposa y, por contera, la responsabilidad penal cuando es invencible, vale decir, aquel en el cual se incurre pese a haber aplicado la diligencia debida atendida la situación fáctica concreta y las condiciones personales del autor...

En el mismo inciso del numeral 10º del artículo 32 de la citada codificación, se consagra el error sobre los aspectos objetivos que posibilitan la existencia de una causal de ausencia de responsabilidad, también conocido como error de tipo permisivo, que no obstante ser una modalidad de error de prohibición indirecto, para efectos punitivos se le asignan las

consecuencias del error de tipo, acorde con la teoría limitada de la culpabilidad.

En relación con la misma cuestión, la jurisprudencia (CSJAP, 20 feb. 2019, rad. 50077) ha indicado:

(...) [S]i el sujeto activo actúa bajo el convencimiento errado e invencible de que en su acción u omisión no concurre ninguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal, es preciso afirmar que el error de tipo concurre únicamente ante la ausencia del primer componente del dolo: el cognoscitivo. Así lo ha reconocido esta Corporación desde el auto del 24 de mayo de 1983, al señalar:

“(...) para que el error genere inculpabilidad es indispensable que posea la nota de la insuperabilidad, es decir, que no le haya sido humanamente posible evitarlo o vencerlo pese a la diligencia y cuidado con que actuó en el caso concreto... Evidenciada esta nota del error (su insuperabilidad), la culpabilidad no se da por ausencia de dolo en cuanto faltaría uno de sus elementos: el del conocimiento de la concreta tipicidad de la propia conducta, o lo que es igual, del aspecto cognoscitivo del actuar doloso...”

Tesis que la Sala ha reiterado, entre otras, en las providencias CSJ SP, 3 dic. 2002, rad. 17701 y CSJ SP, 21 sep. 2011, rad. 35062, última en la que se puntualizó:

“La tipicidad integrada en sus fases objetiva y subjetiva, siendo de las segundas, el dolo en su doble condición de conocimiento y voluntad, de donde el error de tipo supone la ausencia del elemento cognitivo (conocimiento) del dolo, en tanto, que en el error de prohibición, el sujeto sí quiere y conoce lo que hace, sin embargo, asume que su conducta no está prohibida por la ley, por lo tanto, le está permitida (Subrayado fuera de texto)”.

En consecuencia, como el dolo supone la comprensión de la conducta prevista en la ley, con todos sus componentes típicos, la ignorancia sobre alguno de ellos constituye el error de tipo, en la medida que se presente la imposibilidad de conocer que se está realizando la

tipicidad objetiva, en cuanto en la representación intelectual que hace de la realidad, los elementos de la descripción normativa, o alguno de ellos, no está presente en la acción que ejecuta, luego no puede predicarse que tuvo la voluntad de ejecutar el tipo penal y de cometer el agravio que causó. En esos eventos queda excluido el dolo, es decir, la tipicidad subjetiva. Esto por cuanto la conducta será típica solo si la realización de los elementos objetivos (descriptivos y normativos) que definen de manera completa el delito, se producen con conocimiento y voluntad (elemento subjetivo).

3.4. Dicho lo anterior, es preciso tener en cuenta que los datos indicados por el demandante no denotan situación alguna superable o insuperable específicamente relacionada con las condiciones sociales del acusado por la que no se hubiera representado, consciente y voluntariamente, que el ataque con amenazas contra María Eugenia Osorio Lozano, con el propósito de hacerse entregar el vehículo del cual aparecía como propietaria registrada, tornaba ilícita la exigencia económica, al imponérsele, contra su voluntad, asumir una deuda que los procesados claramente conocían que ella no asumió, amén de no haber participado ni directa, ni indirectamente, en la negociación, sino que simplemente trataron de sacar provecho de la misma, al no poder localizar a su marido, amedrentándola para que pagara por quien en realidad se había beneficiado del dinero.

Por lo mismo, resulta inadmisibile que el inculpado hubiera errado acerca de “los presupuestos objetivos de una causal que excluyera su responsabilidad”, por considerarse legitimado a efectuar el cobro a toda costa y aún, contra un tercero que sabía ajeno al negocio.

3.5. En relación con el “error sobre los elementos que posibilitarían... un supuesto de hecho privilegiado”, tampoco se presentó, teniendo en cuenta que, como se ha dicho, JOSÉ ALBEIRO VALENCIA MARULANDA estaba plenamente consciente de que el dinero le había sido entregado a Héctor Rolando Montalván; que éste salió de Colombia pocos días después de recibirlo, supuestamente con destino a Argentina, desapareciendo con el capital y

defraudándolos en el trato efectuado. Luego, tenía plena consciencia de que la esposa del mencionado no tenía por qué ser forzada, mediante violencia, amenazando su propia vida, su tranquilidad y la de sus hijos, a despojarse de sus bienes para satisfacer el cobro.

En esas condiciones, ninguno de los elementos probatorios llevaba a presumir o a demostrar, que el acusado hubiera errado al concebir, simplemente, que eludía el trámite de acciones jurídicas contra quien estaba obligado a responder por el dinero y, en cambio, se hacía justicia por sí mismo. Por consiguiente, que, si acaso, concurrían los elementos de un tipo privilegiado, conforme a lo previsto en el artículo 32, numeral 10, inciso 2, del Código Penal.

Es claro que, de acuerdo con la estructura de la causal, ese tratamiento benigno de la conducta delictiva se presenta cuando realmente el inculpado, por error invencible, tiene consciencia y orienta su actuar voluntario a realizar el tipo privilegiado. Esa errada representación no se deduce del testimonio de la denunciante, que no pudo ser refutado por el acusado, ni de las manifestaciones de éste, quien fallidamente pretendió mostrar que la víctima consintió en ofrecerse a responder por la obligación de su esposo y que la motivación para hacerlo fue libre y voluntaria.

De esa manera, como viene de verse, en este caso no se demostró la existencia del error de tipo en ninguna de sus variedades en la conducta de JOSÉ ALBEIRO VALENCIA MARULANDA, quien en diligencia de indagatoria¹⁶ informó haber cursado hasta primer grado de bachillerato y comerciar con verduras, condiciones sociales de las cuales, per se, no se extracta su falta de conocimiento pleno del tipo objetivo de la extorsión y la voluntad de cometerlo.

Al contrario del supuesto estado de error, la situación fáctica no conduce a conclusión como la pretendida por el recurrente.

3.5.1. Admitió el procesado que conocía a Héctor Montalván desde julio de 2002 en

COVASA, sitio al que llegó a vender habichuela y los dos negociaron ese producto. Con el tiempo, el mencionado le comentó su interés por conseguir un socio con quien cultivar en una finca que tenía en Dagua, razón por la cual se reunían en la casa del procesado con frecuencia, entablando una relación bastante cercana que lo llevó a visitar también la morada de Montalván. En aquel tiempo éste le dijo ser capitán de barco y le mostró unas escrituras que lo acreditaban como dueño de una embarcación, forma como promovió que VALENCIA MARULANDA le ayudara a conseguir inversionistas para traer bocachico desde Argentina, a fin de comercializarlo en la temporada de semana santa.

3.5.2. Con ese propósito, el acusado contactó a Víctor Guerra Herrera, por intermedio del cual, a la vez, consiguieron los U\$10.000, con los cuales, una vez entregados, desapareció Héctor Montalván, quien supuestamente había viajado aproximadamente el 4 de enero de 2003 a la Argentina. Previo a ese traslado, aseguró el implicado, Héctor Montalván lo convenció de hacer una serie de préstamos, por los que giró varios cheques «chimbos».

3.5.3. No se discute esa realidad anterior, pues también es verdad que Héctor Rolando Montalván se apropió del dinero e incumplió con el negocio, eventualmente conforme a un fraude proyectado, pues no es cierto, como lo aseguró a las personas que le ayudaron en el supuesto negocio, que el 4 de enero de 2003 haya viajado a Argentina, sino que se fue a Panamá¹⁷ y nunca más ha vuelto a aparecer para responder por el dinero.

También es evidente que los acusados pretendieron hacer creer la presencia de la víctima durante la reunión en la que se concretó el convenio, sin embargo para el Ad quem quedó mas que demostrado que María Eugenia Osorio no había negociado con ellos, ni mediado en el acuerdo, ni comprometido los bienes de la sociedad conyugal o los propios, como garante o aval de su esposo. De esa forma, resultaba de elemental comprensión, que no estaba obligada a responder por la defraudación cometida por Héctor Montalván y que si los inculpatos acudieron a ella, lo hicieron sabiendo que legalmente no podían imponerle el pago de la deuda, luego simplemente buscaban, ante la desaparición de su marido con el

dinero, intimidarla para recuperar los procesados su fracasada inversión con los bienes de la denunciante, no obstante tener claro que la supuesta defraudación ni siquiera había sido fraguada por ella o con su contribución o silencio.

3.5.4. Así, pretendiendo JOSÉ ALBEIRO VALENCIA MARULANDA hacer creer que durante los encuentros con la denunciante, después de la desaparición del esposo de ésta con el dinero, todo se dio dentro de la legalidad y con pleno y libre consentimiento de la misma, quien se mostró dispuesta a reembolsarles el capital. Expuso, por eso, que cuando RODRIGO OSPINA CLAVIJO se presentó a cobrarle los US\$10.000, fueron a la casa de «Rosalba», nombre con el cual se había identificado la esposa del mencionado Montalván y ella se comprometió a hablar con éste, proponiéndoles que retornaran un mes después. Al encontrarse nuevamente en febrero de 2003, «la señora muy atenta les dijo que volvieran dentro de 15 días, que no se había podido comunicar con el esposo, que la plata no se iba a perder». Quince días más tarde, de vuelta a la residencia de los esposos Montalván Osorio, la denunciante le dijo:

“Hombre ALBEIRO no tengo la plata pero voy a entregar unas joyas que valen \$35.000.000 va y las evalúas (sic) y cuadramos esa plata”, efectivamente fueron y las evaluaron (sic), el costo de las joyas eran de \$6.000.000, volvieron. donde ella llevándole las joyas y le dijeron que las joyas no valían sino \$6.000.000, ella muy gentilmente volvió y les dijo que lo mejor era cuadrar con el carro, pero que se debían \$8.000.000, la señora entregó el carro a RODRIGO..., quedaron de que a los 8 días el señor RODRIGO le depositaba los \$8.000.000. No sabe qué pasó y más o menos como a los 8 días... Rosalba... lo llamó y le dijo que si no le llevaban los \$8.000.000 en dos días, reportaba el carro como robado.

Por eso, el acusado rechazó las afirmaciones que hizo la denunciante, indicando que «todo eso es falso, nadie la chantajeó, ella dijo ALBEIRO la mejor solución es entregar el carro, siempre fueron... RODRIGO CLAVIJO y él; Víctor Guerra nunca los acompañó. En lo que (...) se dio cuenta, Víctor Guerra se vio con Montalván dos veces, pero de plata (...) no se

dio cuenta de nada».

Adicionalmente mencionó que «la señora Rosalba es muy sabedora de todas las cosas de su esposo, pues muchas veces almorcé con su esposo en la casa de él, los dos estafaron a mucha gente en Dagua con venenos, productos de fumigación que nunca pagaron».

Al respecto, como se observará más adelante, el mismo RODRIGO OSPINA CLAVIJO desmiente lo dicho por VALENCIA MARULANDA sobre la actitud de la denunciante, además de que nada indica con seguridad que los esposos Montalván Osorio emprendieran los negocios conjuntamente y manifestaciones como la resaltada antes, sobre el supuesto conocimiento de María Eugenia Osorio del convenio por el que Héctor Montalván recibió el dinero, fueron invariablemente imprecisas e inconsistentes.

4. De la demanda presentada por el abogado de RODRIGO CLAVIJO OSPINA.

4.1. En la primera censura por violación directa de la ley sustancial, en la modalidad de aplicación indebida, alega que los hechos demostrados no se acomodan al supuesto jurídico de los artículos 244 y 245, numeral 3, del Estatuto Punitivo, sino a la descripción del delito de constreñimiento ilegal, previsto en el artículo 182, ibídem, tipos penales diferenciados por el elemento normativo del provecho ilícito, que no se dio en la exigencia persuasiva del pago de una obligación cuya existencia reconoció la denunciante.

4.1.1. Ya ha indicado la Corte las razones por las cuales ningún yerro se configuró en la sentencia motivo de impugnación, al debatir el tema de la conducta delictiva imputada a los acusados, en la que se reafirmó la correcta calificación jurídica atribuida desde los comienzos de la actuación penal.

En esa forma, los juzgadores desestimaron que se hubiera estructurado el tipo subsidiario. Sin desconocer la existencia de un negocio con el esposo de la denunciante, en el cual RODRIGO OSPINA CLAVIJO perdió más de US\$10.000, se consideró que convergieron todos

los elementos del delito de extorsión agravada, atendiendo al modo como trató de hacerse efectiva la recuperación del dinero, contra un tercero ajeno al negocio, a quien se hostigó durante varios días, por un número plural de hombres.

La denunciante fue amedrentada, amenazándola con hacerle daño, que colateralmente afectaría a sus hijos, para la época menores de edad; quienes afrontaban, a la vez, el intempestivo abandono de su cónyuge y padre, dejándolos a merced de los acreedores que, seguramente sin serlo, para infundirle más sobresalto y presionarla a ceder a sus exigencias, aparentaban estar secundados por violentos «cobradores», o serlo ellos mismos y estar dispuestos a hacerle lo que fuera para recobrar el dinero a través de María Eugenia Osorio.

4.1.2. Acerca del contexto de zozobra, producto de las amenazas y del asedio, en la denuncia inicial, presentada por el apoderado el 29 de abril de 2003¹⁸, se aludió a la presencia de ALBEIRO VALENCIA el 20 de enero de 2003, en la casa de «los esposos MONTALBÁN (sic) OSORIO», acompañado de otras dos personas que azuzadas por el primero le manifestaron que «venían por el automóvil, que debía de (sic) entregárselo por cuanto su esposo les debía diez mil dólares». Inicialmente, la denunciante se negó a la exigencia, pues suponía que su cónyuge retornaría 3 meses más tarde.

Desde entonces, la mujer fue acosada de distintas maneras, recibía varias llamadas de «ALBEIRO y de VÍCTOR» para que entregara el automóvil. En ese tiempo, se afirmó, Héctor Montalván le confirmó que había recibido esa suma de dinero, pero le aseguró que le había abonado a «VÍCTOR» US\$1.500.

A finales de marzo de 2003, María Eugenia Osorio fue abordada por otro hombre (a quien se alude como el «ingeniero gordo»), que dijo intervenir como «amigable componedor», a quien ella le hizo saber que no podía entregar el vehículo de su propiedad, por cuanto soportaba un embargo ejecutivo a favor de CONAVI. En cambio, ofreció unas joyas valuadas en \$35.000.000 «en garantía de que su esposo pagaría posteriormente y no se

llevaran el vehículo». La propuesta fue aceptada por «VÍCTOR», quien le manifestó que el «ingeniero gordo» las recogería el 4 de abril siguiente.

Ese día, al llegar a su casa «fue rodeada por los sujetos... quienes la pusieron a hablar por celulares con personas que la insultaban y exigiéndole la entrega del Mazda...». Enseguida apareció «el ingeniero gordo», quien se llevó las joyas «previo consentimiento de ALBEIRO y VÍCTOR y los cobradores».

El 7 de abril de 2003, el mismo «ingeniero gordo» vino a su casa a devolverle las alhajas, expresándole que «estaba en un grave problema, porque... solo valían \$6.000.000 y que sus hijos iban a quedar sin mamá pues los había engañado. Advirtiéndole que no debía mencionar que el esposo había entregado 1.500 dólares a VÍCTOR, pues ellos lo matarían».

Momentos después “El Gordo” regresó con uno de los «que le había tendido la redada, quien le dijo que se evitara problemas»; que se llevaba el carro y al día siguiente —martes 8 de abril— le traería «legalizado el traspaso... y \$8.000.000», exigencia a la cual debió ceder, pero previniéndolos «que si el día 8 no aparecían con la persona a quien se traspasaría el vehículo y con el dinero, ella formularía denuncia penal».

El jueves 10 de abril el hombre «joven» que se llevó el carro, volvió a pedirle las joyas, a lo cual se negó «y ella le puso como fecha límite el martes santo, para que apareciera con el traspaso a lo que el joven respondió que sí».

Todo eso, se dijo, trastornó la vida de María Eugenia Osorio y sus hijos, con quienes tuvo que irse a vivir en la casa de su progenitora.

El 23 de abril de 2003 cuando llamó a ALBEIRO VALENCIA MARULANDA, éste le prohibió volverlo a contactar, le manifestó «que hiciera lo que quisiera y que VÍCTOR tampoco la iba a atender, es decir que quedaba en poder de los cobradores».

Se vislumbra en ese relato, que nada de lo decidido por la víctima fue el resultado de su

libre determinación, como lo afirmó JOSÉ ALBEIRO MARULANDA VALENCIA, ni por el reconocimiento de una obligación a su cargo, por la que cediera, aún a la fuerza, a responder, sino movida por el miedo que le infundieron los cobradores, constriñéndola a entregar sus pertenencias, para satisfacer la exigencia de recuperar una fracasada inversión, en la cual habían sido defraudados por el esposo de la denunciante.

4.1.3. Así lo reafirmó María Eugenia Osorio en declaración posterior¹⁹, en la cual precisó que «el gordo», se identificó como «GUILLERMO»; al joven que «le tendió la redada el 4 de abril» lo llamaban «JOSÉ», pero mencionó el nombre de «RODRIGO» y que había trabajado en Mazda, quien amenazó «que si no les entregaba el vehículo la deuda subiría a 45.000 dólares por los gastos de la cobranza y el personal que tenían hospedado en hoteles de la ciudad para realizar los operativos en contra de ella y que él, RODRIGO o JOSÉ... también venía de Bogotá contratado por ALBEIRO VALENCIA y VÍCTOR GUERRA».

Aseguró, además, no haber dado aviso al GAULA «porque ellos la amenazaron y le dijeron que le podían hacer algo a sus hijos y entonces colocó la denuncia en la Fiscalía... cuando cambió de casa y de colegio a sus hijos...».

Más adelante relató, al referirse a la «redada» del 4 de abril de 2003, que «GUILLERMO y JOSÉ... dijeron “nos lo entrega el automotor o nos lo llevamos” ... JOSÉ... se llevó el vehículo conduciéndolo y el gordo... por su celular les informaba a VÍCTOR y a ALBEIRO que ya había entregado el carro que no tenían que hacerle nada, aparentemente como protegiéndola».

Negó estar enterada de los negocios de su esposo con esas personas; únicamente sabía que le entregaba pepinos a ALBEIRO VALENCIA MARULANDA para comercializar en COVASA.

4.1.4. Respondió, al interrogatorio por cuáles fueron los actos de coerción:

Amenazas de palabras como atentar contra su vida, que fuera consciente que le iban a

quitar el carro y que si... oponía resistencia sus hijos se iban a quedar sin mamá, mientras los unos amenazaban personalmente siempre fue simultáneamente, le pasaban llamadas por celular en el que era VÍCTOR o ALBEIRO, las voces eran diferentes, ella les preguntaba quién es? y se identificaban como el gordo o como VÍCTOR y ALBEIRO... y... el gordo que dijo llamarse GUILLERMO la visitaba haciendo un favor a nombre de Dios aclarándole qué clase de personas eran ellos y del inminente peligro en el que se encontraba.

Relató que «en los días de enero de 2003 que ALBEIRO llevó a dos hombres a su casa (...), uno se identificó como VÍCTOR, cuando ellos se fueron llamó VÍCTOR, ella le dijo que hiciera lo que quisiera porque (...) no se iba a dejar maltratar de él, entonces él le dijo que se habían hecho pasar por él, pero que no era él, porque él era muy gordo, pero a ALBEIRO sí lo distinguía porque (...) lo había visto mínimo en dos oportunidades hablando con su esposo...».

Desde el 20 de enero de 2003, indicó:

(...) las amenazas fueron constantes... Ellos se presentaron a través de un señor que le decían ingeniero GUILLERMO y él le dijo que lo dejara entrar que él no iba armado y que le aseguraba que no le iba a hacer nada, que contrariando las órdenes de VÍCTOR y ALBEIRO él le iba a poner en conocimiento del peligro inminente que (sic) se encontraba junto con sus hijos, eso ya fue a fines de marzo de 2003 (...) ese gordo (...) le puso en conocimiento de la clase de personas y qué peligrosas que eran las que la estaban asediando, que era gente muy peligrosa, acostumbrados a matar, que él era cristiano y que su misión o labor en ese medio era evitar que se hicieran daños irremediables como el que le tenían programado para ella y para sus hijos (...) El gordo GUILLERMO, ALBEIRO y otro tipo más hosco y más gordo, se presentaron y la amenazaron, amenazaron por (sic) matar a su esposo (...) puesto que (...) no les entregaba el carro (...)

Después, refiriéndose nuevamente a «la encerrona», afirmó que ese día «JOSÉ le pasó un

formulario de traspaso de tránsito, exigiéndole que le firmara el documento y que les entregara el vehículo inmediatamente», a lo cual, sin la intención de desafiarlo, le manifestó que ella no tenía negocios pendientes con ellos; entonces, la comunicaron por teléfono con Víctor Guerra «y él le dijo que la iban a matar y dijo que mandaba ya e inmediatamente a GUILLERMO, espero que alcance a llegar”». Ella se les escabulló y se fue a su casa; «en esas llegó GUILLERMO y ordenó que se retiraba (sic) que don VÍCTOR mandaba que se retiraban, él le dijo que gracias a Dios había alcanzado a evitar una tragedia».

Cuando «GUILLERMO» le devolvió las joyas entregadas por ella como garantía, aquel le advirtió que las personas a nombre de las que estaba actuando «iban a entender que ella se había burlado de ellos y que ahora sí estaba en graves problemas»; que ese día venían a llevarse el automotor. «Entonces apareció JOSÉ... cree que es el mismo RODRIGO OSPINA, dijo que... el vehículo... se lo reconocía por \$32.000.000, y se lo llevaba y al día siguiente traía la diferencia de \$8.000.000 y ella debía firmar el traspaso». Como no le interesaba recibirles dinero, le sugirió que la «diferencia que él decía dar la consignara en CONAVI» y sin cumplir con ese pago, no obstante haberse llevado el vehículo, después regresó, pretendiendo que, además, la denunciante le entregara algunas de las joyas.

Por eso, según pudo percibir:

“VÍCTOR GUERRA era (...) el que ordenaba que se retiraran, era el que daba las instrucciones. GUILLERMO era el que iba allá en otra estrategia, que le infundía temor (...) RODRIGO OSPINA era la persona contratada para hacer la cobranza con su equipo de gente como él mismo le dijo, y a quien se vio avocada de hacerle entrega real y material del vehículo (...)”

Con las anteriores referencias, advierte la Sala la falta de vocación de prosperidad del reproche postulado por el demandante, por cuanto los hechos demostrados no determinaron que la conducta de los procesados haya carecido de alguno de los elementos objetivos del

tipo penal que describe el artículo 244 del Código Penal, agravado por la causal tercera del artículo 245, ejusdem, con la denominación de extorsión agravada, ni, por tanto, que la realidad revelada especialmente por las declaraciones de la víctima, sobre las maniobras de coerción y los hechos que las motivaron, tuvieran que trasladarse al injusto definido en el artículo 182, ibídem, como constreñimiento ilegal.

6. Los delitos de Extorsión y Constreñimiento Ilegal en el caso concreto.

6.1. El debate propuesto en sede de casación ha estado orientado a encajar los hechos de este asunto en la depurada línea jurisprudencial de acuerdo con la cual, debe evidenciarse la existencia del ingrediente normativo a que hace alusión el tipo penal, es decir, que además del constreñimiento, este debe tener como finalidad la obtención de provecho, utilidad o beneficio ilícito. Por lo tanto, si el provecho, la utilidad o el beneficio que se pretende obtener no son ilícitos, se excluye la tipicidad del atentado contra el patrimonio económico y se degrada al delito subsidiario contra la autonomía personal. Frente a lo anterior, la Sala considera pertinente dilucidar el tema desde el enfoque probatorio y jurídico en el caso concreto.

6.2. El relato de la denunciante, pone de manifiesto dos realidades puntuales: (i) que ella no hizo parte —de hecho afirma ni siquiera haber conocido los intrínquilis— del negocio entre su cónyuge Héctor Rolando Montalván y los acusados; no fue garante del cumplimiento ni tuvo acceso a los recursos de los que al parecer se apropió su marido; (ii) que el único motivo por el que accedió a las exigencias de los inculpinados, fue por la presión que ejercieron sobre ella, provocando un entorno de angustia y de temor, porque le hacían creer que se enfrentaba a personas muy peligrosas del mundo del hampa, quienes estaban dispuestos a causarle grave daño físico —aun cuando no fuera cierto, se trató de una idea que los inculpados le implantaron a la víctima con el propósito de presionarla— si no entregaba el carro, para responder por la deuda de su esposo. Intimidación que resultó eficaz, pues es incuestionable que, de otro modo, María Eugenia Osorio no tendría por qué

haber condescendido en despojarse de sus joyas, primero, y después del vehículo que estaba registrado a su nombre, cuando bien hubiera podido negarse, forzándolos a iniciar las acciones judiciales, a sabiendas de que carecían de título ejecutivo. No se olvide que la denunciante es abogada en ejercicio.

6.3. Pues bien, el componente diferenciador de la extorsión y del constreñimiento ilegal, cuando media una exigencia de carácter económico, ha reiterado la Corte, está referido a la finalidad de obtención de provecho ilícito o cualquier utilidad ilícita o beneficio ilícito, ingrediente normativo que cualifica al primero, por diferencia con el segundo supuesto, cuando se busca que el constreñido pague lo debido.

Por eso, la Sala ha señalado que no se configura el atentado contra el patrimonio económico, cuando lo que se pretende, a través del constreñimiento, no es un provecho ilícito —cuya naturaleza, se agrega ahora, no puede entenderse modificada en los eventos en los cuales, aun existiendo una obligación, se cobra violentamente a quien no es el deudor, so pretexto del vínculo parental con quien sí lo es—. Así lo ha reiterado la Corte²¹, al señalar; que cuando el comportamiento no está enderezado a obtener provecho ilícito o cualquier utilidad ilícita o beneficio ilícito para sí o un tercero, sino el pago de la deuda establecida en cabeza del constreñido, tal acción no puede ser encuadrada en el tipo penal de extorsión.

Además, no puede prestarse a confusión que la existencia de la obligación de pagar una acreencia no trasmuta, por sí sola, la naturaleza de la conducta delictiva, en cuanto, con la exigencia forzada del cumplimiento de la misma, debe converger que en el compelido recaiga la carga legal de responder por su pago directa, indirecta o solidariamente, siempre de acuerdo con la legalmente establecido, más no por el antojo de quien ha padecido el fraude o tiene la calidad de acreedor. En otras palabras, que el constreñido sea jurídicamente y legalmente el deudor de la deuda. A propósito de esto, se recuerda lo expuesto por la Sala (CSJSP, 24 oct. 2007, rad. 22065):

En suma, resulta claro que los hechos demostrados en este asunto, no podían ser tratados mediante el tipo subsidiario privilegiado del constreñimiento ilegal, pues el cobro, a través de la intimidación persistente y graves amenazas de causar daño a la denunciante y a sus hijos, se efectuó, a pesar de saber los acusados que María Eugenia Osorio, real y jurídicamente no era la responsable de la deuda.

6.4. Importa precisar que si bien los acusados se esforzaron en aparentar que consideradamente buscaron a la víctima para que les informara dónde se encontraba el esposo y con la misma tranquilidad la convencieron de pagar, para lo cual ella voluntariamente entregó primero las joyas y después el carro de su propiedad, eso resultó desmentido, no solo porque, como ya se anotó, era irrazonable que consintiera en despojarse de sus bienes frente a una obligación que no le pertenecía, sino por cuanto el entorno de asedio quedó demostrado con la intervención de varios hombres, en distintos momentos y circunstancias de sobresalto, además de las omisiones y contradicciones de los inculpados que terminaron revelando la veracidad esencial de lo relatado por la víctima.

6.4.1. Al respecto, Víctor Mariano Guerra Herrera (quien como se anotó falleció estando en trámite el juicio), en diligencia de indagatoria²², negó haberle exigido el pago de dinero a la denunciante por algún medio. Aclaró que «si alguna vez la llamó fue para decirle que llamara al esposo a ver cómo iba a responder por esa plata (...); nunca fue a su casa, ni conoció a la señora».

Manifestó haber conocido a Héctor Rolando Montalván, a través de JOSÉ ALBEIRO VALENCIA MARULANDA, en CAVASA, y cuando aquel le propuso comercializar pescado traído de Argentina, haciéndose pasar por capitán de barcos, contactó a RODRIGO OSPINA CLAVIJO, quien le consiguió los U\$10.000, con los cuales desapareció Héctor Montalván.

Por eso, cuando RODRIGO OSPINA CLAVIJO volvió de Argentina y le exigió recuperar el dinero, ALBEIRO VALENCIA MARULANDA les ayudó a ponerse en contacto con la esposa de

Héctor Montalván, a quien, efectivamente llamó para que se comunicara con el esposo y le informara que quien había prestado el dinero lo estaba cobrando, sin conseguir ningún resultado. Después se enteró que VALENCIA MARULANDA y OSPINA CLAVIJO habían ido a la casa de María Eugenia Osorio. Aclaró que él no estuvo presente en el arreglo entre estos dos últimos, pero le comentaron que RODRIGO OSPINA CLAVIJO se había comprometido a pagar \$8.000.000 en CONAVI y que las joyas se le devolvieron a la denunciante, porque no alcanzaban a cubrir la deuda.

Todo ello indica que el mencionado Guerra Herrera estaba al tanto de cuanto sucedía en el cobro que le hacían a la denunciante.

En audiencia pública, el 9 de mayo de 2013, declaró nuevamente, sin apremio de juramento, Víctor Mariano Guerra Herrera²³. Manifestó que «fue suplantado por el otro señor que fue a la casa de la denunciante —que ni la conoce— que se hizo pasar por él». Terminó reiterando que tuvo que pagarle a RODRIGO OSPINA CLAVIJO parte de ese dinero, \$12.000.000, aproximadamente, según había indicado, en otra diligencia.

De lo anterior, resulta obvio entender, que no fue apresurada ni infundada la conjetura de la denunciante, acerca de que, por lo percibido, Víctor Mariano Guerra Herrera parecía ser quien impartía las órdenes a los demás, si se tiene en cuenta que fue uno de los contactos directos entre quien puso el dinero para el negocio y quien desapareció con esos recursos, además de haber tenido que responderle, al menos parcialmente, a RODRIGO OSPINA CLAVIJO. Esto para señalar que María Eugenia Osorio Lozano, en esencia, no faltó a la verdad en su relato sobre la situación, cómo fue intimidada y se le daba a conocer que, precisamente Víctor Guerra era el interesado en que se recuperara a través de ella el dinero con el que había desaparecido su esposo.

6.4.2. A su turno, RODRIGO OSPINA CLAVIJO²⁴, inicialmente indicó que el 26 de diciembre de 2002 Víctor Mariano Guerra Herrera le habló de la posibilidad de comercializar pescado

bocachico traído de Argentina. El día 27 siguiente se reunieron en el restaurante Los Panchos con Héctor Rolando Montalván, quien le exhibió unos documentos que lo acreditaban como capitán y propietario de un barco y le explicó el negocio, pidiéndole US\$10.000 por adelantado, con los que desapareció, luego de hacerlo viajar el 10 de enero de 2003 a Lima (Perú) y de ahí a Argentina, sin haberlo podido localizar. El 21 de enero, al retornar a Cali, le pidió a Víctor Guerra que le respondiera por el dinero. Éste le manifestó que el contacto con Héctor Montalván había sido ALBEIRO VALENCIA MARULANDA, a quien le pidieron que «fueran por el vehículo que el señor le había dejado en garantía y quedaron de ir al día siguiente, que era el 22 de enero». Esto, precisó, porque cuando fue con Héctor Rolando Montalván a hacer el cambio de los euros por dólares, iban en un Mazda de placa CFR 887, «el cual Montalván le manifestó que si quería se quedara con el carro en garantía», lo que OSPINA CLAVIJO no aceptó por cuanto le pareció una persona honesta.

De manera que acudió a la oficina de tránsito a constatar «si el vehículo presentaba gravámenes o embargos, el cual estaba totalmente limpio y únicamente adeudaba los impuestos de 2003».

Para comprobar la veracidad de las afirmaciones de la denunciante, se observa cómo el acusado OSPINA CLAVIJO agregó que, después, al presentarse en la casa de Héctor Rolando Montalván, con ALBEIRO VALENCIA MARULANDA, habló con la esposa de aquel y le relató los pormenores del negocio, lo cual excluye que los acusados realmente hubieran considerado la participación de la mencionada en el trato, más aún si se tiene en cuenta que fue RODRIGO OSPINA CLAVIJO uno de los que directamente tuvo contacto y entregó el dinero a Montalván.

Además, en prueba de que las conversaciones con la denunciante no se dieron en un ambiente de armonía y concertación, dijo el acusado haberle manifestado que ante la imposibilidad de localizar a su esposo para que devolviera el dinero

“(…) si no tenía respuesta entonces le pedía el favor que (…) entregara el vehículo (…). La señora le manifestó que ella no tenía nada que ver con las deudas del marido, porque el vehículo se encontraba a nombre de ella (…), que además el señor Héctor los había dejado abandonados (…), que el carro estaba embargado por una deuda con CONAVI, lo cual le manifestó él que eso era falso porque acababa de salir del tránsito el cual no le figuraba nada, ella le manifestó que lo que pasaba era que la señora Carmen Helena Martínez era muy amiga de ella y el cual tenía la orden de embargo y que no la quiso meter por tratarse de ella (…) existía un oficio con el número 1559 del Juzgado 22 Civil Municipal, fecha 26 de agosto de 2002, el cual fue radicado el 24 de enero a las 10:30 del 2003, posteriormente a su visita, el cual hizo meter o hizo radicar después de la conversación para que el procesado no le quitara el vehículo”.

Es decir, María Eugenia Osorio no tuvo la iniciativa de ofrecer voluntariamente la entrega del automotor; al contrario, se rehusaba a hacerlo.

Por lo mismo, no tiene cabida la afirmación de haber efectuado el indebido cobro en medio de una situación conciliadora y tranquila, pues expone también RODRIGO OSPINA CLAVIJO que una semana más tarde cuando volvió a la casa de la denunciante, ésta le aseguró no saber nada de su esposo, pero ya el implicado había tenido acceso una factura de la línea telefónica, correspondiente al mes de enero de 2003, donde aparecía una llamada al número 41149427327, por lo que le exigió que dijera la verdad de dónde estaba Héctor Montalván.

Afirmó que, como la mencionada no respondía por la deuda, él «decidió cobrar su plata al señor VÍCTOR GUERRA, el cual le pagó \$12.000.000» y le pidió que esperara al regreso del Héctor Montalván «pero en vista de que pasó el tiempo y nada (…), decidió, estando en Bogotá, llamar a su cuñado (…) Guillermo Ramírez» para que se pusiera en contacto con la denunciante y le dijera que necesitaba una solución al problema. Esta, entonces, manifestó que no iba a pagar nada, ni a entregar el vehículo. En cambio, ofrecía unas joyas que, supuestamente, costaban \$40.000.000. Él autorizó a Guillermo Ramírez recibirlas, quien, a

su vez, las llevó a avaluar, encontrando que eran fantasía italiana y costaban \$600.000. Por eso, le mandó decir a María Eugenia Osorio que

“(…) él no era ningún idiota, que no le hiciera perder más tiempo y que le entregara el vehículo, lo cual la señora le manifestó que le diera plazo de una semana, entonces decidió viajar (...) a Cali a recibirlo (...); en vista de que la señora no se encontraba en su casa, se dispuso a esperarla en la esquina en una heladería; él se encontraba en una moto FZ que le habían prestado y estaba totalmente solo (...), coincidentalmente llegó la señora en el carro a la heladería con los dos hijos (...) la señora no se bajó del vehículo y la niña sí lo hizo, él se acercó discretamente a la ventana y le manifestó que él era RODRIGO y que ya venía a recoger el vehículo (...) ella le manifestó que le podía facilitar el vehículo siempre y cuando se comprometiera a pagar una deuda de \$8.000.000 que existía en CONAVI para ella poder pagar esa deuda y dejar bien a su amiga la señora Carmen Helena Martínez, él le manifestó que le diera plazo de una semana mientras reunía la plata y la señora no le quiso firmar el traspaso hasta que no le llevara los \$8.000.000”.

Se desmiente, así, que María Eugenia Osorio Lozano le haya entregado voluntariamente el automotor de su propiedad simplemente con el compromiso del acusado de traerle una suma de dinero la semana siguiente. Sobre el punto, además, el inculpado incurrió en graves contradicciones, como quiera que, inicialmente, relató que al averiguar en la Corporación CONAVI sobre la deuda, se enteró que era por solo \$2.000.000, mientras que la denunciante le estaba cobrando \$8.000.000. En audiencia pública²⁵, en cambio, dijo que, según averiguó en la Corporación, la deuda era de \$11.500.000 y se abstuvo de pagarla, como era el acuerdo con la denunciante, por cuanto la entidad solo se entendía con el deudor.

No obstante, haber negado la intervención de personas distintas a él y a JOSÉ ALBEIRO VALENCIA MARULANDA, de quien dijo, únicamente lo acompañó la primera vez a la casa de María Eugenia Osorio, pues en las restantes oportunidades conversó con ella estando los dos

solos, en audiencia pública explicó que cuando la denunciante lo citó para entregarle el vehículo iba solo, en una motocicleta, y ya teniendo el carro en su poder «llegó su cuñado Guillermo Ramírez», personaje éste al que apenas se refirió en esa última intervención, pues antes no lo había mencionado, a pesar de las constantes y comprometedoras alusiones que al mismo hizo la víctima.

Así, agregó el acusado, entonces, que fue su excuñado Guillermo Ramírez, quien, con Víctor Manuel Guerra, le propusieron conseguir el dinero para el negocio. Después le presentaron a ALBEIRO VALENCIA MARULANDA y «al argentino».

Al retornar de Argentina, afirmó, luego de su fallida cita con Héctor Rolando Montalván, le exigió a Víctor Mariano Guerra que le respondiera por ese dinero, pero éste se disculpó en que el contacto lo había realizado era ALBEIRO VALENCIA, en tanto que su excuñado «se lavó las manos y le dijo que al argentino lo acababa de conocer hacía 8 días, que él no sabía nada de eso, que el que se lo había presentado era el señor ALBEIRO VALENCIA», con el cual finalmente fue la primera vez a la casa de la denunciante, momento en el que ésta le «dijo, “no mira, tú estás equivocado, yo soy abogada y yo realmente no te voy a entregar el carro porque el carro está a mi nombre y es patrimonio familiar”, entonces él le dijo no, pero esas palabras no (...) las mencionaron cuando su esposo (...) lo ofreció de garantía».

Agregó que tres días después María Eugenia Osorio le entregó las joyas, que «llevó donde un amigo», quien le dijo que eran fantasía, por lo que volvió donde aquella y le advirtió que él era «una persona seria y... esperaba que ella lo respetara..., y ella le dijo “ay no lo puedo creer que mi esposo me haya engañado durante todo este tiempo, él me dijo que eso era oro”», aceptando darle el carro al siguiente día, cuando efectivamente lo recibió.

A ese mismo ambiente de asedio que describió la víctima y se explica en el hecho de que todas las personas mencionadas tenían interés en recuperar el dinero, corresponde lo puntualizado por el acusado, en cuanto que la mujer lo atendía desde adentro de la casa,

por la ventana, «hasta que él se levantó la camisa y le mostró que no estaba armado y ella abrió la puerta del garaje (...), manifestó que accedía con lo de las joyas y luego accedió voluntariamente con lo del vehículo en vista de que las joyas no valían nada». Sin embargo, enseguida expresa que «simplemente estaba cobrando personalmente lo que era suyo... nunca ultrajó, maltrató o atemorizó a ningún miembro de la familia de la mujer».

Por eso, cuando se le pidió explicación de por qué, si la esposa del deudor no intervino en el negocio, exigió de ella el pago del dinero, respondió: «Igual que CONAVI está embargando un vehículo por una deuda del señor, porque es un patrimonio familiar; segundo, que cuando tenía posesión del vehículo se dio cuenta que la tarjeta de propiedad estaba a nombre de la señora María Eugenia Osorio, era lo único que tenía para poder recuperar la plata y el cual me fue entregado voluntariamente (...)». Aclaró, igualmente, que el dinero no lo prestó, sino que participó como socio capitalista en el negocio y Víctor Guerra recibía una participación del 15%, por haber sido quien lo recomendó.

Seguramente con la misma finalidad de justificar su acción delictiva y hacer recaer la obligación de pagar en la afectada, en audiencia pública aseguró RODRIGO OSPINA CLAVIJO que María Eugenia Osorio, estuvo en la reunión en el restaurante Los Panchos cuando trataron el negocio de la compra de pescado, y que, aun cuando no intervino en la conversación, se enteró de la misma.

Esa situación fue rotundamente negada por la denunciante, sin que pueda entenderse ésta desmentida, por la tardía referencia del acusado, quien ni siquiera detalla cuál era el motivo de asistencia de la mujer a ese encuentro, qué participación tuvo o por qué omitió mencionar el hecho en sus primeras intervenciones, en concreto, cuando se refirió al encuentro con Héctor Montalván en el restaurante Los Panchos, en diciembre de 2002.

Reforzando el testimonio de la ofendida, sobre la intervención del «gordo», admitió el acusado que se trataba de su cuñado Guillermo Ramírez y cómo efectivamente éste

llamaba a Víctor Guerra y lo pasaba para que hablara con aquella, «pero no sabe qué le dirían (...), si la insultaban, la amenazaban, pero sabe que VÍCTOR era el que hablaba con ella». Terminó aceptando, igualmente, que con Guillermo Ramírez estuvo dos o tres veces en la casa de la mencionada y que cuando dijo haber ido solo a ese sitio «es porque la señora manifestó que él fue en motos, que le atravesó carro, pero su cuñado era el que iba» con él. Al final negó que Víctor Guerra le hubiera efectuado algún pago del dinero que aportó para el negocio.

En esa forma, lógicamente debía concluirse, como lo hicieron los juzgadores de instancia, que frente a las inconsistentes explicaciones de los inculpadados, en orden a argumentar en su favor por qué obligaron a la denunciante a entregar bienes de su propiedad para responder por una obligación que conscientemente sabían ella no asumió, se alzaba el testimonio de ésta, que en detalle describía los actos de intimidación, con la finalidad de compelerla a pagar una suma de dinero, amenazándola con causarle daño.

En consecuencia, la Sala no encuentra probados los cargos formulados contra la sentencia, que desvirtúen la doble presunción de acierto y legalidad de la condena contra los procesados, como coautores del delito de extorsión agravada.

7. Por último, la Delegada del Ministerio Público pretende que se case parcialmente el fallo, de oficio, en cuanto el delito quedó en el grado de tentativa, pues si bien el vehículo fue materialmente entregado a RODRIGO OSPINA CLAVIJO, la propiedad en favor de éste no alcanzó a transferirse mediante su registro, como lo dispone el artículo 84 del Acuerdo 051 de 1983, en tanto que, mediante la denuncia penal, se impidió la consumación.

La Corte no acoge ese criterio, por encontrarlo equivocado.

Es cierto que, según reiterada jurisprudencia de la Sala, el delito de extorsión, siendo pluriofensivo, en cuanto afecta los bienes jurídicos de la autonomía personal y el patrimonio económico, se consuma real y efectivamente si el obligado ha cedido, contra su voluntad, a

la exigencia del delincuente.

Ese fue el discernimiento que hizo la Sala en la decisión invocada por la Delegada de la Procuraduría (CSJ SP, 31 de mayo de 2012, rad. 37987), en un caso que, desde lo fáctico difiere del asunto del que se ocupa ahora.

Ahora bien, recordemos que la víctima, después de intentar rehusarse a entregar el vehículo, terminó accediendo a ello, forzada por la amenazante exigencia de que lo hiciera, perdiendo la posesión y disponibilidad material del bien, sin atreverse a acudir ante ninguna autoridad para denunciar el hecho, a lo cual solo procedió al no parecer los acusados con el traspaso. Su finalidad era la de recuperar el carro, no la de evitar el delito.

Lo anterior si, además, se tiene en cuenta que el automotor, desde abril de 2003 quedó bajo el dominio de RODRIGO OSPINA CLAVIJO, tanto que ni siquiera la exigencia de la abogada externa de CONAVI, Carmen Helena Martínez, de devolverlo, tuvo ningún efecto, como lo admitió el mismo acusado, pues al negarse aquella a exhibirle el pagaré, decidió «guardar el vehículo en vista de que no lo podía circular, hasta que apareciera (...) Rolando Montalván».

De manera que, frente a esa realidad fáctica, se concluye que la víctima hizo efectivamente aquello a lo que fue obligada por los acusados, en provecho ilícito de RODRIGO OSPINA CLAVIJO, sin que el resultado se frustrara ni siquiera por virtud de la denuncia. La imposibilidad de legalizar la propiedad mediante el registro del traspaso, por tanto, no puede equiparse a falta de causación del resultado lesivo del patrimonio económico, pues consta, además, que el automotor de placa CFR 887, fue retenido hasta el 26 de julio de 2005, en Cali²⁶.

8. En el segundo cargo, el recurrente alega una nulidad, originada en irregularidad que afecta el debido proceso, por haberse omitido la variación de calificación provisional del delito, como lo permite el artículo 404 de la Ley 600 de 2000, y atendiendo al criterio

jurisprudencial fijado por la Corte en sentencia del 15 de junio de 2005, rad. 21629, respecto del concurso aparente de tipos penales.

Frente a lo anterior, basta decir que no se dieron los motivos fácticos o jurídicos para que la Fiscalía, motu proprio, o a instancia del juez de conocimiento, formulara la variación de calificación del delito de extorsión agravada a constreñimiento ilegal. Pero, además, de haberse presentado el error o la omisión aludidos por el defensor, legalmente los juzgadores, aún la Corte, tendrían la facultad para hacer la modificación por el tipo subsidiario, con los efectos correspondientes, incluso, como se pretende, la declaratoria de prescripción de la acción de penal.

En esa medida, el motivo de nulidad no existe, luego el cargo tampoco tiene vocación de éxito.

9. En síntesis, la sentencia impugnada no se casará con fundamento en los cargos formulados en las demandas presentadas por los defensores de los acusados, ni se acogerá la solicitud de casación oficiosa propuesta por el Ministerio Público.

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: No casar la sentencia dictada el 30 de noviembre de 2016, por el Tribunal Superior de Cali.

Segundo. Devolver el expediente al Tribunal de origen.

Contra esta decisión no proceden recursos.

Notifíquese y cúmplase.

GERSON CHAVERRA CASTRO

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

EYDER PATIÑO CABRERA

HUGO QUINTERO BERNATE

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

SECRETARIA

- 1 Folios 1 a 4, cuaderno original N° 1.
- 2 Folio 12, cuaderno original N° 1.
- 3 Folio 31, ídem.
- 4 Folios 43 a 47, cuaderno original N° 1.
- 5 Folios 87 a 92, ídem.
- 6 Folios 113 a 124, ídem.

- 7 Folios 150 a 165, ídem.
- 8 Folios 411 a 422, ídem.
- 9 Folio 433, ídem.
- 10 Folios 462 a 468, ídem.
- 11 Folio 502, ídem.
- 12 Folios 672 y 673, cuaderno original N° 3.
- 13 Acuerdo N° 021 del 10 de abril de 2013 de la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura del Valle del Cauca.
- 14 Acuerdos N° 65 y 68 de septiembre de 2013 de la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura del Valle del Cauca.
- 15 Folios 828 a 874, cuaderno original N° 3.
- 16 Folios 87 a 92, cuaderno original N° 1, indagatoria del 7 de junio de 2004.
- 17 Folios 284 a 290, cuaderno original N° 1, oficio de la Subdirección de Asuntos Migratorios, del 5 de julio de 2007.
- 18 Folios 1 a 4, cuaderno original N° 1.
- 19 Folios 19 a 24, ídem.
- 21 CSJ SP, 18 dic. 2013, rad. 37442 Además, entre otros, CSJSP, 18 feb. 2015, rad. 41773; SP, 22 feb. 2017, rad. 43041; SP, 23 may. 2018, rad. 49009. Igualmente, la Corte Constitucional, C 284, 27 jun. 1996), al examinar la exequibilidad

de la expresión “una extorsión o...” contenida en el artículo 33 de la Ley 40.

22 Folios 43 a 47, cuaderno original N° 1.

23 Folios 678 a 683, cuaderno original N° 3.

24 Folios 113 a 124, cuaderno original N° 1, indagatoria 29 de agosto de 2004.

25 Audio sesión de audiencia pública, record: 00:03:14 a 00:54:49.

26 Folios 138 cuaderno original N°1.