

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACION PENAL**

**MAGISTRADO PONENTE:
Dr. LISANDRO MARTINEZ Z.
APROBADO ACTA No. 029**

BOGOTA D.E., abril ocho (8) de mil novecientos ochenta y seis (1986).

V I S T O S:

Procede la Corte a decidir el Recurso Extraordinario de Casación interpuesto por el defensor del procesado HELI RAMIREZ, contra la Sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga el 16 de Mayo de 1985 por medio de la cual se confirmó la condena a la pena principal de dos años impuesta al citado procesado amén de las penas accesorias como responsable del delito de Extorsión en la calidad de consumado.

Como denunciante aparece el señor José Antonio Mantilla Vergel descendiente del presunto ofendido José Antonio Mantilla Galeano.

H E C H O S:

Los hechos materia del proceso, fueron resumidos por el Tribunal Superior de Bucaramanga atendiendo a la realidad procesal en los siguiente términos:

"A finales del mes de Abril de 1984, un desconocido entregó en una tienda próxima a la finca que José Mantilla posee en el corregimiento "Los Angeles" del Municipio de Río de Oro (Cesar), una carta a su nombre en la que una organización subversiva, le solicitaba colaborara con Un Millón de Pesos. Con posterioridad fueron recibidas en la casa que el destinatario tiene en esa ciudad, seis llamadas telefónicas de un individuo que se hacía llamar "Alexander", exigiendo se atendiera la petición, so riesgo de correr la misma suerte de un tal Guarín a quien habían tenido que matar. Informadas las autoridades militares y policivas, luego de rastrear las llamadas durante algún tiempo, a las nueve de la noche del 13 de Agosto siguiente, unidades especializadas sorprendieron a ALIRIO PEÑALOZA MORALES y a HELI RAMIREZ, cuando desde un teléfono público del barrio "La Castellana", se comunicaban con JORGE ANTONIO MANTILLA, reiterándole las amenazas, sino accedía a sus pedimentos. Dado que HELI RAMIREZ pertenecía a la Policía Nacional, se le procesó militarmente, pero luego el error fue enmendado enviando el diligenciamiento adelantado a la jurisdicción penal ordinaria". (Folios 25 y 26 del Cuaderno No. 3).

ACTUACION PROCESAL:

Por auto de Agosto 22 de 1984, el Juzgado 100 de Instrucción Penal Militar de Bucaramanga, decretó la detención preventiva de los copartícipes, ordenando la suspensión del cargo a HELI RAMIREZ y simultáneamente fijando el lugar de reclusión correspondiente. Coetáneamente ordenó compulsar copia de lo actuado con destino al Juez Penal del Circuito — Reparto de Bucaramanga para que por competencia siguiera conociendo de la conducta punible atribuible al condenado ALIRIO PEÑALOZA MORALES.

Con posterioridad la Justicia Penal Militar, se desprendió de la investigación por incompetencia y se radica la misma en el Juez Quinto Penal del Circuito de Bucaramanga.

Por auto de 15 de Diciembre de 1984 y previo los trámites especiales previstos en la Ley 2 de 1984, en su Artículo 14, calificó el mérito del Sumario y resolvió citar a Audiencia Pública a HELI RAMIREZ, como presunto autor responsable del delito de Extorsión consumada, revocando la libertad de que venía gozando. El 29 de Enero de 1985, se presentó voluntariamente el enjuiciado.

Contra este último auto interpuso - Recurso de reposición el apoderado de RAMIREZ, el que también fue negado, el 29 de Enero de 1985, donde se planteó una situación sustancial, cual es la de sostener, por parte del profesional del derecho, como la Extorsión, apenas adquirió el grado de tentativa o delito imperfecto, más el Juzgado Quinto Penal del Circuito, resolvió considerarla como consumada, por tratarse según la autorizada opinión de una Sala del Tribunal Superior de Bucaramanga, de un tipo de mera conducta.

Realizada la Audiencia Pública, el Juzgado multicitado resolvió condenar a HELI RAMIREZ, a las penas principales y accesorias referenciadas en el Introito de éstas elucubraciones. La decisión que lleva fecha de Marzo 16 de 1985, fue confirmada plenamente por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, después de haber sido apelada en tiempo oportuno por el apoderado.

De otra parte el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Bucaramanga, condenó el 12 de Diciembre de 1984, al señor ALIRIO PEÑALOZA MORALES a un año de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual término y al pago en abstracto de los perjuicios causados por la infracción como autor responsable del delito de Extorsión, pero en grado de tentativa, y en perjuicio de JOSE MANTILLA GALEANO, en razón a los hechos ocurridos en el mes de Abril de 1984.

Por consulta el Tribunal Superior de Bucaramanga, confirmó en su integridad la providencia materia del grado jurisdiccional.

LA DEMANDA DE CASACION:

1.- El actor dentro del término legal interpuso recurso extraordinario de casación, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el proceso seguido por el Juzgado Quinto Penal del Circuito, de la misma ciudad, contra HELI RAMIREZ, en virtud de la cual se le condenó a las penas aludidas en acápites anteriores.

El censor sustenta el recurso frente a dos causales, contempladas en el Artículo 580 del Numeral 4, es decir, cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad y en la del Numeral 1º del mismo Artículo, al razonar como la sentencia violó la ley sustancial en forma directa por aplicación indebida de los Artículos 355 del C.P. y la omisión en aplicarse el Artículo 22 como dispositivo amplificador del tipo.

2.- En cuanto a la enunciación del cargo por la causal citada, se afirma por el libelista que la sentencia condenatoria es nula, por incompetencia del Juez que conoció del proceso, transgiriéndose de ese modo el Artículo 210 del C. DE P.P.

Para demostrar el cargo cogita cómo HELI RAMIREZ para el 13 de Agosto de 1984, se encontraba en ejercicio de sus funciones y atribuciones con base en la certificación expedida por el Jefe de la sección de capacitación de la Policía Nacional.

Elucubra a sí mismo que desde el mismo instante en que el estado colombiano se encuentra en Estado de Sitio, como lo estaba para el día en que se agotó el hecho punible, de conformidad con el Decreto No. 1038 del 1º de Mayo de 1984, los compo-

mentales para conocer y decidir esa situación era la justicia Penal Militar, conculcándose por esa vía el Artículo 307 y 308 del Código de Justicia Penal Militar.

Para reafirmar su posición, recurre a doctrinas de la Corte, como las de el 30 de Octubre de 1970; 4 de Noviembre de 1970; 22 de Febrero de 1979 y 14 de septiembre de 1982, según las cuales la Justicia Penal Militar, siempre será la competente cuando el hecho se cometa estando el país en Estado de Sitio, según los postulados constitucionales del Artículo 212 de la Constitución Nacional, sin importar que el acto imputado "no haya sido cometido con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo".

3.- En cuanto a la enunciación del segundo cargo, lo hace consistir el censor en que el Tribunal Superior de Bucaramanga, violó la ley sustancial en forma directa y por aplicación indebida del Artículo 355 del C.P. al dejar de aplicar el Artículo 22 del mismo Estatuto, por cuanto el delito jamás se consumó; en otros términos ha debido aplicarse el 355, pero amplificado con el dispositivo correspondiente a la tentativa.

El actor transcribe el Artículo 355 y analiza el verbo **Constreñir**, para de allí sostener cómo para la consumación de este tipo penal, se requiere necesariamente un doblegamiento inequívoco de la voluntad por parte del sujeto pasivo que indique cómo la persona fue realmente constreñida. En otros términos, mientras aquello no suceda y la persona se someta a entregar el dinero, así en definitiva no lo entregue, por cualquier circunstancia ajena a la voluntad del extorsionador, no puede hablarse de delito consumado, sino de un delito tentado.

Concluye el Casacionista lo siguiente:

"Lo anterior está significando que si el sujeto pasivo del ilícito no ha tenido un asentimiento, un doblegar su voluntad respecto de lo que yo quiero que haga, tolere, u'omita, manifestación que puede ser expresa o tácita e implica una mediatez y una relación de efecto a causa, no se podrá hablar legalmente de delito consumado de extorsión".

Como en el evento analizado, no se obtuvo ese doblegamiento de la voluntad de la víctima, mal podría hablarse de la consumación del delito analizado, sino, y tan solo de un delito imperfecto.

Finalmente, para reiterar la indebida aplicación del Artículo 355 del C.P., transcribe parcialmente las Actas de la Comisión Redactora del año de 1973, donde el comisionado insistió, al hablar del elemento subjetivo del tipo, como auténtica tutela eficaz para el nuevo tipo, que no se exigiera el resultado de la conducta, sino el simple aprovechamiento ilícito para sí o para un tercero, como secuela de la coacción.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal, desecha el cargo de la Causal Cuarta, apoyándose en reciente pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, mediante la cual se sostiene que la Justicia Penal Militar, juzgará a miembros activos de la Policía, si el delito se comete por hechos relacionados y ocasionados por motivo del servicio, o predicables de los mismos, así se trate de delitos comunes, para cuyo efecto transcribe Sentencia de Abril 23 de 1985, con Ponencia del — Magistrado Luis Enrique Aldana Roza, en el caso de LUIS FELIPE DIAZ OJEDA.

Así mismo, el Procurador Delegado, transcribe parcialmente, concepto similar proferido (por el Tribunal Disciplinario) del auto de 4 de febrero de 1985, en el cual se reafirma cómo el fuero policivo, solo tiene fundamento cuando el delito se comete en conexión inequívoca con el servicio sin interesar para nada que el país se halle o no en Estado de Sitio.

Cuando la Procuraduría responde el cargo de violación directa de la ley sus-

fancial, la descarta al considerar que el censor hizo referencias de carácter probatorio, lo cual necesariamente conduciría a desechar tal alegación, precisamente por no tener cabida en la causal aludida, que supone admitir en su integridad los hechos.

Sintetiza su reafirmación en el sentido que el delito sí se consumó en su totalidad, porque las amenazas fueron suficientes para intimidar a la víctima y con tal efecto que al sentirse coaccionada en su integridad psicofísica, se vio en la necesidad de recurrir a las autoridades. Declara además de que ese medio de defensa por parte de la víctima, no puede deducirse que la coacción no alcanzó la finalidad de atemorizarlos, y sin que por tanto pueda admitirse que por esa sola circunstancia no se configuró la infracción porque de hacerlo se ignoraría el espíritu de la norma, y se reconocería a la mencionada circunstancia un elemento integrante del tipo, no contemplado en forma alguna. Consecuentemente el delito se vislumbra como perfecto y no como meramente tentado, para desechar el cargo.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

PRIMER CARGO — CAUSAL CUARTA.

Es cierto que durante algún tiempo se plantearon interesantes discusiones en el seno de la Sala de Casación Penal de la Corte, en lo tocante con el juzgamiento de los miembros de la Policía Nacional, las cuales se reflejaron en disímiles providencias.

En alguna ocasión la Honorable Corte, sostuvo como lo recuerda el recurrente, que la justicia Penal Militar era competente siempre para conocer de los delitos cometidos por los agentes de Policía, aún en el tiempo de normalidad constitucional.

Sin embargo, tal discusión ha perdido vigencia a partir de la sentencia de la Sala Plena de la Honorable Corte Suprema de Justicia, aprobada por Acta 47 del 26 de Septiembre de 1985 en el Proceso Número 1325 (Magistrados Ponentes Doctores Gona Cruz y Reyes Echandía), mediante la cual se resolvió sobre la demanda de inconstitucionalidad de los Artículos 1º de la Ley 141 de 1961, 284 del Decreto 0250 de 1958 y 18 del Decreto 2137 de 1983, todos tocantes con el juzgamiento por la justicia Penal Militar de los miembros de la Policía.

En dicha providencia se acepta el principio básico de que la Policía Nacional no tiene naturaleza castrense, es una institución civil y por tanto su posible fuero— no tiene origen constitucional, sino legal.

Como secuela de variadas consideraciones, la Corte concluye, que las normas acogidas son constitucionales y por ende la Justicia Penal Militar, solo conoce de los delitos cometidos por los miembros de la Policía Nacional "con ocasión del servicio, por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo"... y que "por consiguiente los delitos realizados por fuera de tales supuestos sin ninguna limitación, son de conocimiento de la Justicia Penal Militar".

Con estos prenotandos jurídicos, queda fácil concluir que la conducta atribuida en la sentencia condenatoria recurrida al agente de la Policía— HELI RAMIREZ, no se puede ubicar dentro de las circunstancias citadas y que por tanto sí es competente la justicia ordinaria para conocer del juzgamiento. Como secuela el cargo de la Nulidad debe desecharse.

SEGUNDO CARGO - CAUSAL PRIMERA:

1.— Sostiene el recurrente que se violó la ley sustancial en forma directa, en cuanto se condenó a HELI RAMIREZ por el delito de Extorsión consumado, cuando ha debido condenarse por el delito imperfecto de Extorsión. Se habría dado así-

mismo aplicación indebida al incurrirse en un error, en la selección de la norma al no haberse aplicado el Artículo 22 en concordancia con el Artículo 355.

Para fundamentar el cargo, el recurrente estudia el verbo rector *Constreñir* y afirma que él está relacionado con una manifestación explícita en el mundo físico, lo cual se demuestra con el hecho que la víctima haga, tolere u omita algo. Sostiene que en el caso recurrido no se produjo el resultado próximo de hacer o no hacer o tolerar u omitir algo y por tanto, mal puede hablarse de delito consumado, más sí de ilícito imperfecto.

Y agrega textualmente: "aunque lógicamente para su consumación no se requiere el agotamiento del ilícito, como sería que el agente del hecho punible obtuviere el provecho ilícito perseguido".

Para fundamentar su argumentación, el recurrente hace variadas consideraciones y transcribe apartes de las Actas de la Primera Comisión Redactora del actual C.P.. En forma muy superficial cita textualmente algún párrafo de la denuncia. Todo ello para sustentar como argumento central, que, ha debido tenerse en la cuenta el Artículo 22 del C.P., por encontrarnos ante una tentativa y no ante un delito consumado.

2.— Sostiene la Procuraduría, que examinando el cargo, se concluye en primer lugar que hace referencia en "cierta forma" (subraya la Sala) al aspecto probatorio en cuanto al efecto que lograron los actores de la Extorsión de intimidar a las víctimas.

Dentro de tal punto de vista insinúa la Procuraduría que no cabría la causal, ya que ella supone admitir los hechos.

Es bien sabido, que la Corte en reiteradas sentencias, ha sostenido que cuando el recurso se contrae al primer cuerpo del ordinal primero del Artículo 580 del C. de P. P., debe fundamentar el motivo en razones de estricto derecho y por ende debe descartarse el debate probatorio. (Casaciones de 10 de Abril de 1972, Gac. Jud. Tomo XLII, de 12 de Diciembre de 1981).

Pero al revisar detenidamente la demanda de Casación, se encuentra que si bien es cierto se hacen referencias tangenciales y someras a aspectos probatorios v.gr. la transcripción de un aparte de la denuncia, ello no significa ni mucho menos que se esté impugnando la prueba, que se esté reabriendo un debate sobre los soportes probatorios de la sentencia, ni que se esté separando de las conclusiones probatorias del Tribunal. Antes por el contrario las cifras probatorias convergen todas a reforzar planteamientos en puro derecho.

Sería hiperbólico aceptar que una simple cita de seis renglones de la denuncia sean el soporte de un cargo, máxime cuando no se está criticando el texto transcrito.

Estima la Sala que en tratándose de un tema de tanta trascendencia, como la aplicación de las formas amplificadoras del tipo, no se puede llegar al exceso formalista de sostener que cualquier leve referencia probatoria que no implique debate e impugnación probatoria, tenga el mágico efecto de trasladar la controversia del campo jurídico al fáctico, del terreno pertinente del "error Juris in iudicando" o error puramente jurídico, al "error facti in iudicando", o sea el que nace de la falsa apreciación de los hechos.

La circunstancia de que se haga referencia en cierta forma al aspecto probatorio, no es suficiente para desechar la alegación, mientras tal referencia no implique un nuevo debate, ni desconocimiento de la sentencia recurrida.

Si se estudia detenidamente la demanda de Casación, se concluye que en ninguna parte de ella se tachan de falsos los hechos o se les considera erróneamente apreciados, que cualquier cita probatoria implique discrepancia con las conclusiones fácticas del Tribunal.

Puede afirmarse que la actividad dialéctica del impugnador se enfoca sus-

fancialmente en torno a los textos legales que estima indebidamente aplicados "pero en todo caso con absoluta prescindencia de cualquier consideración que implique discrepancia con el juicio que la sentencia haya hecho en relación con las pruebas". (Fallo de la Sala de Casación Civil de 20 de Marzo de 1973— Proceso de MERCEDES MAYA VILLEGAS contra OSCAR VILLEGAS MAYA).

Por tanto, esta demanda tal como está planteada conserva el enfoque que la Corte ha reiterado: "Cumple recordar que la violación directa de la ley sustancial se refiere al Inciso Primero del Numeral Primero del Artículo 580 del C. de P.P., quien aduce esta violación no impugna la prueba y muestra su conformidad por ende con los hechos tal como se hayan plasmado en el fallo recurrido, esto es acepta la fundamentación fáctica de éste, discrepando solo el sentenciador en cuestiones relativas a la aplicación de la norma sustancial al caso juzgado o a la interpretación jurídica de su contenido". (Sentencia de 26 de Septiembre de 1984). Queda en esta forma estudiado el concepto del Ministerio Público.

3.— Así las cosas el debate se plantea en un terreno meramente jurídico sustancial.

4.— En este proceso se han planteado en sendas sentencias de primera y segunda instancia, dos tesis jurídicas diversas, respecto a los dos procesados enjuiciados por los mismos hechos y en similares circunstancias. ALIRIO PEÑALOZA ha sido condenado como autor del delito tentado de Extorsión, a la pena de doce meses y otro, el recurrente HELI RAMIREZ como autor del delito consumado a la pena de 24 meses.

El punto a resolver en derecho es el siguiente: en el caso del recurrente RAMIREZ, debe aplicársele la pena del delito consumado o solamente la forma amplificadora del tipo conocida como tentativa, tal como lo sostiene la demanda de Casación.

5.— Para responder estos interrogantes debe considerarse lo siguiente:

Al redactarse lo, que después fue el Código Penal de 1936, se tuvo como modelo la descripción típica del Artículo 407 del Código Penal Italiano de 1890, llamado Código de Zanardelli, cuyo texto era el siguiente:

"El que con violencia o amenaza de graves daños a las personas o a las cosas, constriña a alguien a consignar, suscribir o destruir en perjuicio de sí o de otros, un acto que produzca cualquier efecto jurídico, es castigado con la reclusión de 3 a 10 años".

Con tal base el Código de 1936, describió así la Extorsión:

"ARTICULO 406.— El que por medio de amenazas o violencias o simulando autoridad pública o falsa orden de la misma, y con el fin de obtener para sí o para un tercero un provecho ilícito, obligue a otro a entregar, enviar, depositar o poner a su disposición, cosas, dinero o documentos capaces de producir efectos jurídicos, incurrirá en prisión de ocho meses a cinco años. En igual sanción incurrirá el que por los mismos medios, obligue a otro a suscribir o destruir documentos de obligación o de crédito".

En cambio, el actual Artículo 355 del Código de 1980, presenta mayor similitud con el Artículo 629 del vigente Código Penal Italiano de 1930, llamado también Código Rocco o Código de Mussolini, según el cual comete este delito el que mediante violencia o amenaza constriñendo alguno o hacer o a omitir alguna cosa obtiene para sí un provecho injusto con daño de otro.

La sola comparación entre los textos del Código Italiano de 1890 y el Colombiano de 1936; por una parte, que llamaremos primer grupo y el Código de 1980 y el Italiano de 1930 que llamaremos Segundo Grupo, nos lleva a establecer la siguiente principal diferencia: el primer grupo se puede clasificar desde el punto de vista formalista, entre los tipos cerrados, o tipos en forma vinculada, o sea aquellos en los cuales la descripción es detallada en cuanto al objeto, los medios y las circunstan-

cias de comisión del ilícito.

Las reiteradas formas de descripción de la conducta tanto del sujeto activo como del sujeto pasivo y la enumeración del objeto material bajo diversos aspectos, convertían a esta norma en uno de los casos clásicos del tipo cerrado.

En cambio el segundo grupo puede incluirse dentro de los llamados tipos abiertos, donde la descripción de la conducta, es más sintética, abreviada y elástica donde se eliminan detalles y no aparece la descripción completa de ella, ya que se relaciona con normas que el tipo presupone. Tal por ejemplo el caso clásico de la descripción del homicidio con la apretada fórmula de matar a otro.

El Código de 1980 al consagrar en la Parte General, una serie de normas rectoras de la ley penal y de principios básicos sobre la estructura del hecho punible, abrió la posibilidad de acudir más a los tipos abiertos tan relativamente escasos en el Código de 1936.

Los tipos llamados cerrados, han sido sometidos a duras críticas por la doctrina contemporánea endilgándoseles los calificativos de casuistas, repitentes y extensos. "El legislador no puede prever todas las cosas y al enumerarlas deja totalmente por fuera muchas hipótesis porque "la fantasía del delincuente supera a la de quien —hace las leyes". (JIMENEZ DE ASUA).

6.— Si se estudian los antecedentes históricos del Código de 1980, se encuentra que en este punto de la descripción del delito de Extorsión, se buscó, desde el principio crear un tipo abierto, más similar al estatuido en el Código Italiano de 1930 que al Colombiano de 1936.

Todas las veces los redactores trataron de eliminar expresiones tautológicas y buscar fórmulas cada vez más sintéticas, inclusive que abarcasen el antiguo delito de Chantaje, buscando una mejor técnica legislativa.

Así por ejemplo, mientras la fórmula aprobada por la Comisión de 1974 después de interesantes discusiones, se refería a violencia física y moral a la vez que usaba el verbo Constreñir, la de 1976, prescindía de la calificación física o moral para la violencia, lo mismo que el Proyecto de 1978.

Ya en el Código de 1980, se omitió la expresión Violencia, por estar ínsita en el verbo rector Constreñir.

Dentro de la directriz de crear un tipo abierto, se explica el que se elimine la larga referencia a posibles conductas a que podría ser obligado al sujeto pasivo, y de objetos materiales para reemplazarla por la más concisa fórmula de hacer, tolerar u omitir alguna cosa.

Al procederse así, se "simplifica la redacción, se evita enumeraciones que pueden dar lugar a vacíos incómodos y se comprenden de manera amplia todos los comportamientos de la víctima que pueden menoscabar su patrimonio", según la expresión de un miembro de la Primera Comisión.

Todo esto nos lleva a concluir que la diferencia en torno a la Extorsión entre el Código de 1936 y el de 1980, más que de sustancia es de forma y que el delito de Extorsión, continúa siendo entre nosotros un delito comisivo por acción predominantemente violenta, que abarca no solamente la violencia física, sino "cualquier conducta ejercida por el agente que trae como resultado un menoscabo de la libre determinación de la víctima obligada a realizar lo que aquel desea y no lo que ella quiere".

Esta observación nos sirve para aclarar otro aspecto de trascendentes secuelas.

Se ha sostenido en este proceso, que el legislador de 1980, convirtió el tipo de la Extorsión, en delito de mera conducta, suprimiendo el resultado. Ello porque se usa la expresión con "el fin de obtener provecho ilícito" y no se exige que el provecho efectivamente se obtenga, como lo hace el Código Italiano de 1930.

Para valorar la exactitud de esta afirmación debe tenerse presente como punto

de partida que en cuanto al elemento subjetivo del tipo, él aparece tanto en el Código de 1936, mediante la expresión "con el fin de obtener para sí o para un tercero un provecho ilícito" como en el de 1980 con la similar "con el propósito de obtener provecho ilícito para sí o para un tercero". Por cierto que similar expresión aparece en el Artículo 158 del Código Penal Brasileiro donde la doctrina ha llegado a conclusiones interpretativas que coinciden con lo sostenido por la mayoría de la Sala.

La circunstancia de que alguna de las comisiones, se hubiese propuesto el uso de la fórmula de "obtener para sí o para otro un provecho ilícito" y que dicha fórmula no se hubiese consagrado a la postre, no significa ni mucho menos que se hubiese hecho un cambio trascendente por este aspecto, sino que se conservaron las normas directrices imperantes en el Código de 1936.

Por tanto la mayoría de las consideraciones que la jurisprudencia y la doctrina hacían, dentro de la vigencia del Código de 1936 en torno al verbo rector, a la conducta de la víctima y a la inferencia de los elementos subjetivos del tipo, son valederas en términos generales y con los condicionamientos de forma aún hoy. Dentro de la vigencia de dicho Código no se llegó a sostener que la Extorsión fuese un delito de mera conducta, ni se dudó de la posibilidad de la tentativa.

7.— Dentro de este orden de ideas, parece claro el concluir, que no es exacto afirmar que el cambio del verbo rector Obligar, por el de Constreñir, tenga las trascendentes repercusiones jurídicas que en el fallo recurrido se insinúan reiteradamente.

Basta leer el Diccionario de la Academia, para concluir que ambas expresiones, si no son Sinónimos, las diferencias resultan bastante sutiles. CONSTREÑIR según el citado Diccionario, significa: (del latín *Constringere*) obligar (se subraya) "precisar, compeler por fuerza a uno a que haga y ejecute alguna cosa".

Y obligar (del latín *Obligare*) es "mover e impulsar a hacer o cumplir alguna cosa: compeler, ligar".

El miembro de la Comisión Redactora de 1973 que propuso el verbo Constreñir en lugar de obligar, aceptó que "constreñir a alguien a dar, hacer, o no hacer alguna cosa, es obligarlo —(subraya la Sala), mediante violencia, sea física o moral" y que tal verbo permitía suprimir la referencia a la violencia.

Se reitera sí, que nos encontramos en este aspecto ante una mutación de forma, más que de sustancia.

8.— Si se analiza con algún detenimiento, tanto la norma vigente, como la definición de los verbos rectores dados por la Academia, aparece que en la legislación actual se contemplan dos aspectos: uno atribuibles al sujeto activo conducta violenta física o moral, que tiene como efecto una acción u omisión del sujeto pasivo. Lo afirmado por Antolisei, respecto al Código Italiano, es aplicable a nuestra legislación vigente, en torno a la conducta del sujeto pasivo definiéndola como "el hecho al cual el sujeto pasivo debe ser constreñido a hacer u omitir alguna cosa".

El acto de disposición (hacer, omitir o tolerar) debe tener pues, como causa la conducta del sujeto activo.

9.— Se ha sostenido en la providencia recurrida en forma bastante confusa lo siguiente: "se estructura la Extorsión como tipo de mera conducta que hace referencia expresa de un resultado, sin influencia práctica para la consumación, como sucede con todos los tipos de ingredientes subjetivos". Se cita como ejemplo la Rebelión.

Se afirma igualmente que el Código de 1936, al usar la expresión obligar abría la posibilidad de la tentativa y que al suprimirse tal verbo, dicha posibilidad desapareció.

Tales afirmaciones deben clarificarse: resulta exagerado afirmar que siempre que aparezca en una norma un ingrediente subjetivo del tipo, por ese solo hecho, nos

encontramos automáticamente ante un tipo de mera conducta; cuando el legislador acude a fórmulas como "el propósito de obtener provecho" (Art. 228) o "pretender" como en la Rebelión (Art. 125) no está necesariamente significando que la sola conducta configure el ilícito. Tal ingrediente subjetivo puede tener como finalidad diferenciar un tipo de otro de conducta similar, o evitar sancionar conductas inocuas; así por ejemplo el conocido caso de que la expresión con "ánimo de lucro" usada para el hurto, evitar penar como autor de tal ilícito a quien sustrae la pintura de un amigo con la finalidad de exhibirla y procurarle fama. O podríamos encontrarnos también ante un producto de la "impaciencia del legislador que busca que la consumación se anticipe, considerando como tal, actividades que de otra forma resultarían intrascendentes" (JIMENEZ DE ASUA).

Tal es la hipótesis de los llamados tipos de resultado anticipado cortado.

El ejemplo citado por la providencia recurrida de la rebelión, lo considera la doctrina como clásico del resultado cortado o anticipado. El legislador pena a los rebeldes por el simple empleo de las armas, sin que consigan el objetivo de derrocar el gobierno v.gr Si se esperase a que efectivamente tal pretensión se produjese, sería casi imposible, al menos por cierto tiempo, punirlos, pues habrían obtenido un éxito tal, que dificultaría la aplicación de la pena.

10.— La clasificación de delitos entre formales y materiales, o de mera conducta y de resultado, ha sido objeto de diferentes críticas en la doctrina contemporánea, lo mismo que la afirmación de que no es posible la tentativa en los llamados delitos de mera conducta o formales. Se ha tratado de reemplazar tal criterio, entre otros por el de delitos unisubstitentes, o sea aquellos en los cuales basta un acto único para perfeccionarse y de ejecución compuesto que presentan una objetividad constituida por actos temporalmente separables. En los primeros, por la instantaneidad misma no sería posible la tentativa, mientras en los segundos donde aparece un devenir cronológico, ella sería posible. Aún aceptando, la existencia de los delitos de mera conducta, la extorsión no es encajable entre ellos.

Para la mayoría de la Sala debe tenerse presente un imprescindible punto de partida: la extorsión es un delito pluriofensivo, ya que menoscaba principalmente dos bienes jurídicos, la libertad de autodeterminación y el Patrimonio Económico.

En otros términos, lo que diferencia este delito del constreñimiento ilegal (Art. 276) es precisamente la finalidad económica. Bien sabido es que este ilícito se asemeje notablemente a la Extorsión, ya que se describe mediante la fórmula "constreñir a otro, a hacer, tolerar u omitir alguna cosa" sin darle una connotación específica, ni añadir ningún ingrediente subjetivo.

Pero el solo hecho de amenazar a alguien para que haga o tolere alguna cosa, no significa que el delito se consume, si no se obtiene tal conducta.

Precisamente, lo que distingue el tipo del delito contra la autonomía personal descrito en el citado Artículo 276, del ilícito de Extorsión, es el elemento subjetivo del tipo contenido en la expresión "con el propósito de obtener provecho ilícito". La referencia subjetiva traslada la misma conducta del campo de la autonomía personal, además al del patrimonio económico. Así pues, este elemento subjetivo del tipo, tienen como finalidad simplemente diferenciar la Extorsión, del constreñimiento ilegal.

11.— Tal como están planteadas las cosas en la providencia recurrida, cabría la posibilidad de aceptar, pues como consumado el delito de Extorsión, cuando solo se ha fulminado una amenaza "proyección de un mal futuro cuyo sucederse depende de la voluntad del agente" (Antolisei) aun cuando no se haya obtenido ningún efecto fáctico.

Tal punto de vista, olvida que en nuestra legislación no existe, como en el Código Italiano (Art. 612) el delito de amenaza que sanciona a quien amenace a otro de un

daño injusto.

12.— Con estos prenotandos, se concluye, que la Extorsión sí exige un resultado: el hacer, omitir o tolerar algo atribuible a la víctima o a alguien a él vinculado sin que sea menester que el provecho se obtenga. Ello se refiere al agotamiento.

Esa conducta de la víctima encaja como resultado dentro de la concepción naturalística de éste, como dentro de la jurídica. Bien sabido es, que la primera acepta como tal, los efectos materiales de la conducta humana, bien sea físicos, fisiológicos, psicológicos y patrimoniales.

En el caso concreto de la Extorsión hay efectos psicológicos en cuanto se le obliga a un tercero a realizar una determinada conducta, y patrimoniales por la calidad de ella, determinada por el objeto jurídico.

Con mayor razón habría en este caso concreto, resultado dentro de la concepción jurídica, según la cual éste es el efecto ofensivo de la conducta, o sea la lesión del interés tutelado por la norma y vinculado lógicamente por nexo causal. Bien sabido es que según esta concepción, en todos los delitos habría resultado.

13.— En el momento en el cual la víctima o alguien a él vinculado, hace, omite o tolera algo, de connotación patrimonial, se ofenden ambos bienes jurídicos protegidos: la libertad individual y el patrimonio económico.

Si solo se atenta contra la libertad de determinación fulminando una amenaza y no se logre el hacer, omitir o tolerar, nos encontraríamos cuando hay finalidad económica, en el terreno de la tentativa.

Para aclarar más lo expuesto, se puede afirmar que cuando se ha hecho, omitido o tolerado algo, v.gr. se ha entregado un cheque, el delito está consumado, así el título valor no se haga efectivo por ser capturado el agente.

14.— Se ha esgrimido en la providencia recurrida un argumento aparentemente poderoso, desde el punto de vista de la llamada historia de la ley.

Se ha sostenido que en la Comisión de 1973, mientras el Ponente aceptó la existencia del resultado, otro miembro de la Comisión, afirmó que bastaba la acción extorsiva para que el delito se consume. Se insinúa que, como el Ponente no refutó esta opinión, ella sería la última expresión de la voluntad del legislador.

Tal manera de arguir, olvida que el silencio no significa aceptación de toda expresión tangencial, que después de esta comisión existieron otras, que la fórmula de la comisión de 1974, no fue a la postre la definitiva, y que las Actas de las Comisiones, no pueden estimarse como completas, ni como exacto reflejo de lo expresado en ellas.

15.— Se ha arguido por algunos integrantes de la Sala, que si bien es cierto el delito de Extorsión, si admite resultado él puede ser de un aspecto distinto al económico o patrimonial. Tal afirmación la sustentan interpretando en forma amplia, la expresión "hacer, tolerar u omitir alguna cosa" en el sentido de que ella comprende actos distintos de aquellos de efectos patrimoniales.

Dentro de tal orden de ideas, el hecho de que se hubiese acudido a la Policía, encajaría dentro de dicho resultado. Sin embargo, la mayoría de la Sala, no comparte tal punto de vista por las siguientes razones:

a.— Como ya se ha expresado reiteradamente, el delito de Extorsión es pluriofensivo, pues conculca tanto la autonomía personal, como el patrimonio.

Debe recalcar que el legislador colombiano, le dio tanta importancia a la protección del interés patrimonial, que trasladó este acto al constreñimiento del Título XIV del Libro Segundo.

Si la tentativa comienza cuando se "penetra en la esfera del bien jurídico agredido", aquí existe ella por el elemento intencional, pero no hay consumación en cuanto no se obtuvo una finalidad acorde con el mismo bien jurídico por razones ajenas a la voluntad del agente.

b.— Como también se ha reiterado en esta providencia, los legisladores que han usado respecto a la Extorsión, la fórmula sintética similar a la del Código de 1980, han querido concentrar en términos menos causticas las conductas que otros Códigos como el de 1936, describían con variadas hipótesis. Esto es, que la expresión "hacer, omitir o tolerar alguna cosa" no es sino una manera técnica y apretada de expresar una cantidad de hipótesis que comprendían además de la Extorsión, el chantaje, todas ellas de contenido económico. Se ha sintetizado pues la relación de medios y efectos.

La mayoría de los autores que han estudiado este tema, han coincidido en este enfoque.

16.— En cuanto al caso concreto de la intervención de la Policía, he sabido que la doctrina tanto en el estudio de la parte general, como de la parte especial, ha previsto tanto la solución del delito imposible, como del delito tentado, pero se ha inclinado mayoritariamente por esta tesis, por estimar que se trata de un factor extraño a la voluntad del agente. Así lo sostienen entre otros autores: ALFONSO REYES E.— Derecho Penal — Pág. 165; SCARANO — La Tentativa — Pág. 269; NEPI MODDONA — Il Reato Impossibile — Pág. 281; DE-MARSICO— Delitti contro il Patrimonio— Pág. 86; SOLER — Tomo II — Pág. 162, etc.

17.— Las anteriores razones, las estima la Sala como suficientes para concluir que el delito de Extorsión, no es un delito de mera conducta, que exige resultado ya especificado, que permite la forma amplificadora del tipo conocida como tentativa y que en el caso concreto ella se encuentra configurada.

Por tanto deben aceptarse los planteamientos del recurrente en torno a la configuración de la Causal Primera y consecuentemente debe dictarse la Sentencia que deba reemplazar el fallo casado.

Para efectos de la penalidad a imponer, ha de tenerse en cuenta el mandato del Artículo 61 del C.P....

En ese orden de ideas el condenado HELI RAMIREZ, adecuó su conducta al Artículo 355 del C.P., tipo legal, que trae una pena mínima de dos años de prisión, la cual debe sufrir la aminorante del amplificador del Artículo 22 —tentativa— en su mínimo, que en ningún caso será "no menor de la mitad del mínimo" pues debe precisarse la ausencia de antecedentes penales del inculcado y su grado de culpabilidad a título de dolo. Lo anterior traduce la aplicación de una pena básica de un año.

Pero para regular en definitiva la pena, debe tenerse presente que le concurre como circunstancia de agravación punitiva, la del Numeral 11 del Artículo 66 del C.P., consistente en ejercer el cargo de agente de la policía que desdoro con la conducta atentada.

En tales condiciones no podrá imponerse la pena mínima y estima la Sala que para una correcta dosimetría penal debe aumentarse la pena en dos meses, para un gran total de 14 meses de prisión, más la interdicción de derechos y funciones públicas, por período igual al de la pena principal, e igualmente comporta la pérdida del empleo oficial de que venía disfrutando, esta última imposición como pena accesoria.

Ahora bien, por providencia de 27 de Febrero de 1986, se negó la libertad de RAMIREZ, por cuanto en esa fecha acreditó 19 meses y dos días por detención efectiva y trabajo, teniendo como base la pena de la sentencia de segundo grado.

Pero, como la pena impuesta en definitiva es la de 15 meses, habría que ordenar su libertad de manera incondicional.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION PENAL — administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E :

PRIMERO.— CASAR PARCIALMENTE, la Sentencia de fecha y origen anotados.

SEGUNDO.— Imponer al procesado HELI RAMIREZ, como pena principal, la de 15 meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por período igual al de la pena principal y la pérdida del empleo oficial, como accesorias.

TERCERO.— Confirmarse el Numeral 3, de la Sentencia del Primer Grado proferida en Marzo 16 de 1985 por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Bucaramanga.

CUARTO.— Ordenar la libertad inmediata e incondicional del procesado por cuanto lleva en detención efectiva y redención de trabajo 19 meses y dos días.

QUINTO.— Librense las correspondientes comunicaciones de ley.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVA AL TRIBUNAL DE ORIGEN

EDGAR SAAVEDRA R.
GUILLERMO DAVILA M.
GUSTAVO GOMEZ U.
HERNANDO BAQUERO B.

LUIS E. ALDANA ROZO
GUILLERMO DUQUE R.
LISANDRO MARTINEZ Z.
JORGE CARREÑO L.