

RODOLFO MANTILLA JACOME

Interesante polémica se ha generado en torno a la posibilidad de predicar la tentativa en el delito de extorsión. Nosotros hemos sostenido que tal fenómeno se presenta sin ninguna dificultad de acuerdo con el tipo penal del Artículo 355 del vigente estatuto. Las siguientes son las razones sobre las cuales apoyamos tal conclusión:

LA CONDUCTA TIPICA.

Conforme al artículo 355 del Código Penal, la conducta típica de extorsión consiste en constreñir a otro a hacer, tolerar y omitir alguna cosa, con el propósito de obtener provecho ilícito para sí o para un tercero.

El verbo rector de la conducta típica de extorsión es CONSTREÑIR. Expresión verbal que significa obligar, precisar, compeler por la fuerza a uno a que haga y ejecute alguna cosa según lo indica la Academia de la Lengua.

Se trata de un verbo transitivo (1) pues la actividad del agente se traslada a la persona objeto material de la conducta. Es importante tener en cuenta esta característica porque como lo afirma el profesor REYES ECHANDIA "ese trascender de la conducta en busca de una finalidad es lo que hace que los tipos penales con verbo transitivo sean generalmente de RESULTADO", al tiempo que en los intransitivos (2) "la acción del agente revierte sobre sí mismo y por eso dan lugar a los llamados delitos de mera conducta" (3).

Debe insistirse en el significado exacto del verbo constreñir por ser factor hermenéutico de fundamental importancia, ya se ha dicho al respecto que CONSTREÑIR es obligar, compeler a otro a que haga, omita o tolere algo, la expresión constreñir implica utilización de violencia física o moral por parte del agente sobre la persona que se busca constreñir; esto es, la aplicación indebida de fuerza sobre la víctima, a fin de doblegar su voluntad para que realice algo querido por el agente.

Por eso constreñir conlleva "Apremio y Compulsión", sobre la víctima que pierde su autonomía y actúa con voluntad gobernada, no libre, dirigida por el sujeto agente que la lleva a hacer, omitir o tolerar algo.

Sobre el particular dijo el Tribunal Superior de Bucaramanga:

"El verbo rector de esta modalidad delictiva en los términos del Art. 355 del C.P. es constreñir, que indica obligar, compeler por la fuerza en significativa expresión que enseña que el comportamiento de la víctima al hacer, tolerar, u omitir algo, se debe a voluntad viciada, por la amenaza de un mal próximo, inminente. En este sentido la inteligencia de la norma exige que la persona haga, tolere u omita algo por razón de la amenaza con potencialidad de daño que se cierne sobre ella y sin ser necesario que efectivamente se obtenga el provecho perseguido por el sujeto activo de la infracción" (4).

Por ello afirmamos que constreñir no es sinónimo de amenazar, o mejor que amenazar no es acepción del verbo constreñir; mediante la amenaza se puede llegar a constreñir, pero para ello se requiere que la amenaza haya logrado el impacto psicológico en la víctima, que elimine su autodeterminación y la lleve a actuar con voluntad viciada; mientras esto no ocurra la persona podrá estar amenazada pero no constreñida.

(1) Indican traslación de la actividad del agente sobre personas o cosas, tienen terminación en ir, ar, Cfr. Reyes E. Alfonso "La Tipicidad" Pág. 72.

(2) La acción del sujeto revierte sobre sí mismo — Imponerse, Fugarse. Cfr. Reyes E. Alfonso. "La Tipicidad" Pág. 72.

(3) Reyes Echandía Alfonso, "La Tipicidad" Pág. 72. U.E.C. Quinta Edición 1.981.

(4) Sala Penal, auto de 3 de febrero de 1.983. M.P. Dr. Rodolfo Mantilla Jácome.

Esta precisión terminológica es necesaria porque quienes niegan la posibilidad de la tentativa en el delito de extorsión, parifican necesariamente amenaza a constreñimiento, así entienden por ejemplo que el envío de una carta o la realización de una llamada telefónica, en la que se exige la entrega de algo bajo la amenaza de un mal, consuma el delito sin que sea necesario que el sujeto pasivo haga, omita o tolere algo. Esto es, les basta la amenaza para la consumación del hecho punible.

Debe insistirse en que constreñir tiene una significación distinta y superior que amenazar, cuando el sujeto pasivo está constreñido su voluntad está doblegada, no tiene autodeterminación, el sujeto agente ha logrado el impacto psicológico suficiente que le permite tomar los hilos de la voluntad de su víctima y manejarla haciendo que actúe como él desea.

Desde el punto de vista de su contenido y teniendo en cuenta los términos del artículo 355, el de la extorsión es un tipo penal de RESULTADO esto es, que "la sola conducta no es suficiente para su incriminación, sino que se hace necesaria la producción de un evento dado, de tal manera que si él no se ocasiona, el hecho carece de tipicidad plena" (5).

El evento exigido en tratándose de extorsión, consiste en lograr que la víctima "haga, omita o tolere algo", esto necesariamente implica comportamiento transformador del mundo exterior por parte de la víctima, que controlada en su voluntad por el sujeto agente hace algo, entrega una cosa, suscribe o destruye un documento, u omite realizar algún comportamiento o tolera que hagan algo.

En ese sentido debe resaltarse que la conducta extorsiva es esencialmente igual (6) en el código derogado y en el código vigente; así el artículo 406 del código de 1936, dice "El que por medio de amenazas o violencia o simulando autoridad 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..."; mientras el código vigente en su artículo 355 dice "El que constriña a otro a hacer, tolerar u omitir alguna cosa, con el propósito de obtener provecho ilícito para sí o para un tercero". La conclusión de que ambas conductas son esencialmente iguales no admite reparos si se observa que "constreñir" es lo mismo que "obligar mediante violencias o amenazas" y el evento o resultado exigido de que la víctima haga, omita o tolere algo es exactamente igual a entregar, enviar, depositar o poner a su disposición, cosas, dinero o documentos capaces de producir efectos jurídicos. Así lo entiende también el profesor Baquero Borda cuando afirma: "Hoy se dice:... 'hacer, tolerar u omitir alguna cosa', fórmula con la que se simplifica la redacción, se evitan enumeraciones que puedan dar lugar a vacíos incolmables y se comprende de manera amplia todos los comportamientos de la víctima que puedan menoscabar su patrimonio. (7).

Quienes afirman, por el contrario que el tipo penal de extorsión, no es de resultado sino de mera conducta, en cuanto se perfecciona plenamente con el solo comportamiento del agente sin que se requiera la verificación de un resultado (evento), están pasando por alto la condición de TRANSITIVO que tiene el verbo rector Constreñir, y que como lo afirma el profesor Reyes Echandía "Ese trascender de la conducta en busca de una finalidad es lo que hace que los tipos penales con verbo transitivo sean generalmente de resultado" (8) y están además haciendo abstracción, escondiendo u olvidando diríamos mejor, la exigencia legal que hace parte estructural del tipo penal de que la víctima haga, omita o tolere algo, lo cual implica un evento, un resultado, un comportamiento de acción o de omisión de la víctima con voluntad gobernada, que transforma el mundo exterior y produce un cambio en las cosas.

Debe distinguirse para evitar confusiones, entre el evento exigido, esto es que la víctima haga, omita o tolere algo, y el ingrediente subjetivo del tipo penal que es cosa distinta al resultado y que apunta a la finalidad específica o motivo último de la delincuencia, cual es el "propósito de obtener un provecho ilícito para él o para un tercero".

(5) Reyes Echandía, Alfonso. Ob. Cit. Pág. 72.

(6) Cfr. Pérez P. Alvaro. "Derecho Penal Especial" pág. 343, U.E.C. 1985.

(7) Baquero Borda, Hernando. "El delito de Extorsión" en Estudios de Derecho Penal, Pág. 25. 1.981.

(8) Reyes E., Alfonso. Ob. Cit. Pág. 72.

Algunos intérpretes han visto en la presencia del aludido ingrediente subjetivo, una razón de peso para afirmar que el de la extorsión es un tipo penal de mera conducta, por cuanto no exigiéndose la efectiva incorporación patrimonial por parte del agente, sino bastando solamente la constatación del ánimo de lucro, concluyen sin razón que no se requiere evento o resultado, olvidándose como ya lo dijimos que se exige que la persona haga, omita o tolere algo que es el evento exigido, lógicamente sin que sea necesario que se efectivice el beneficio patrimonial en el sujeto agente.

Además, quienes esto sostienen, no podrían explicar cómo siendo esencialmente iguales los tipos que regulan la extorsión en el estatuto derogado y en el vigente, en cuanto uno y otro contienen idéntico ingrediente subjetivo, "y con el fin de obtener para sí o para un tercero un provecho ilícito" dice el art. 406 del código del 36, al tiempo que el estatuto de 1.980 establece "con el propósito de obtener provecho ilícito para sí o para un tercero", la doctrina y la jurisprudencia en forma unánime y reiterada en vigencia del código del 36 aceptan la posibilidad de la tentativa en el delito de extorsión" (9), y como ya empiece a reconocerlo por parte de los autores que se han ocupado del asunto en vigencia del nuevo código (10) con la aislada excepción de Arenas (11) que guiado por el comentario del comisionado SALGADO (12) en el seno de la comisión redactora del anteproyecto de 1.974, sostiene que el de la extorsión es un tipo penal de mera conducta (13).

Es necesario insistir en el criterio de que el ingrediente subjetivo no es factor determinante para efectos de establecer si un tipo penal es de resultado o de mera conducta, quienes esto piensan están olvidando la razón de ser de los ingredientes especiales del tipo, entre los que se cuentan los llamados ingredientes subjetivos. Se ha dicho, y ésta es una verdad indiscutible, que los ingredientes subjetivos cumplen una labor de precisión y determinación de la conducta típica en aquellos casos en los que no son suficientes para ello los elementos objetivo-descriptivos; así por ejemplo, si en el delito de hurto el legislador no hubiere introducido tal elemento al exigir un propósito de aprovechamiento quedarían incursas injustamente dentro de tal tipo penal algunas conductas que no merecen el calificativo de típicas de hurto por no tener el sujeto activo el propósito de aprovechamiento, sino otro motivo lícito (14). El mismo ejemplo sirve para el caso de la extorsión en donde el legislador ha precisado el tipo con el ingrediente subjetivo del "propósito de obtener un provecho ilícito". Ingrediente que en este caso concreto sirve además para definir la ubicación típica de las conductas extorsivas, pues de no existir tal ingrediente, el intérprete tendría grandes dificultades para distinguir en el momento de la selección de la norma, entre la concusión, (art. 140), el constreñimiento ilegal (art. 276), constreñimiento para delinquir (art. 277), y el propio delito de extorsión (art. 355).

Recuérdese además que existen tipos penales de resultado con ingrediente subjetivo como el hurto (349) y la extorsión (355) y también existen tipos penales de mera conducta con ingrediente subjetivo (arts. 125, 142).

Además, quienes sostienen la tesis de que la presencia del ingrediente subjetivo, descarta la exigencia de un resultado, se encontrarían ante la necesidad de afirmar por ejemplo que el tipo de hurto sería un tipo penal de mera conducta, por cuanto allí el ingrediente subjetivo indica que no se requiere la incorporación patrimonial del provecho, sino que basta con la constatación del motivo de la delincuencia, sin embargo a nadie se le ocurriría negar la necesidad de un resultado en el delito de hurto que no es otro que el apoderamiento, acción material y concreta, que no

(9) Con relación al Código de 1.936 así: Luis Carlos Pérez, Luis Eduardo Meza Velásquez, Pacheco Osorio, Barrera Domínguez, etc.

(10) Baquero Borda, Pérez Pinzón Alvaro, Barrera Domínguez.

(11) Cfr. Arenas, Antonio Vicente, "Comentarios al Nuevo Código Penal". Tomo II, vol. II, Pág. 413.

(12) Acta No. 125 de 2 de Noviembre de 1.973, Comisión Redactora Proyecto Código Penal 1974, Ministerio de Justicia, Fondo Rotatorio, Pág. 764, 765.

(13) El equívoco parece que radica en entender solamente como tipos penales de resultado, aquellos donde se efectiviza el provecho económico, como es el caso de la extorsión en la legislación italiana (art. 629) o de la Estafa en la Colombiana (art. 356).

(14) El conocido ejemplo del amigo del pintor que saca del estudio de éste unos cuadros, sin su consentimiento.

implica efectivización del beneficio patrimonial, aclaramos, situación similar se presenta en el tipo de extorsión donde tampoco se requiere la incorporación patrimonial, bastando solo la constatación del motivo de la delincuencia, esto es, el propósito de obtener un provecho ilícito, pero nadie podría negar que allí también se exige un resultado cual es la necesidad de que la víctima haga, tolere u omita algo, así lo exige la descripción típica y así se desprende de la significación misma del verbo "constreñir".

Ocurre sí, que entrándose de extorsión el evento o resultado corre por cuenta de la víctima que actúa manipulada, con voluntad doblegada y dirigida cual marioneta en manos del sujeto agente.

Creemos haber demostrado, que el de la extorsión es un tipo penal de resultado y de acuerdo con ello el momento consumativo del delito ocurre "cuando el presionado, consecuencia directa del constreñimiento, hace, tolera u omite lo perseguido por el agente" (15) como acertadamente lo expone el profesor Baquero Borda: "El momento consumativo del delito, ofrece en nuestra opinión un doble aspecto: el constreñimiento de la víctima resultado de la conducta ejercida por el sujeto activo (limitación de la libertad de determinación) y el comportamiento de la misma víctima que se manifiesta en un acto de disposición sobre sus bienes (daño o puesta en peligro de la integridad del patrimonio económico). Se debe tener presente que el bien jurídico cuya tutela prevalece es este último, ya que el constreñimiento es elemento de varias infracciones penales y por sí mismo constituye delito. Es preciso aclarar que no es necesario que el agente "obtenga el provecho ilícito pues basta que éste sea su propósito".

"Si solo se atenta contra la libertad de determinación en forma efectiva — constreñimiento — y no se logra que el sujeto pasivo realice la conducta hacer, no hacer o tolerar en 'provecho' del agente, apenas estaremos en el terreno de la tentativa" (16).

Debe insistirse además, en la necesaria relación causal que debe existir entre la actividad del sujeto agente que debe ser causa del constreñimiento de la víctima, y el constreñimiento de la víctima que debe ser a su vez causa de su comportamiento que equivale a la producción del evento o resultado requerido, para la consumación del delito.

En este punto se puede afirmar que surge diáfana la posibilidad de predicar la tentativa, en aquellos casos en los que el iter criminis sufre interrupción por circunstancias ajenas a la voluntad del agente dentro de los denominados actos ejecutivos del delito de extorsión.

Cuando el sujeto agente realiza actos idóneos e inequívocamente dirigidos a constreñir a su víctima para obligarla a hacer, tolerar u omitir algo, sin conseguirlo por circunstancias ajenas a su voluntad, debe aplicarse el artículo 22 del Código Penal. Algunos ejemplos permiten hacer aún más explícito nuestro punto de vista, así:

CASO 1. Pedro envía a Juan una carta suscrita por un supuesto grupo guerrillero, en la que bajo la amenaza de muerte lo conmina a entregar cinco millones de pesos. Juan recibe la carta y pone en conocimiento de la autoridad y con ella acuerdan un operativo en el que aparentemente Juan le va a llevar la cuerda al delincuente con la finalidad de capturarlo. En cumplimiento del operativo Juan entra en comunicación telefónica con Pedro, acordando con éste hora y sitio y forma de entrega del dinero. Lógicamente Pedro es capturado en el momento en que recoge el paquete. Este caso debe resolverse como una tentativa de extorsión, por cuanto las amenazas realizadas por Pedro no lograron sobre Juan el impacto psicológico requerido para obligarlo a hacer, lo que le pedían. Ahora bien, si aparentemente Juan realiza la conducta exigida por Pedro, es indudable que lo hizo en cumplimiento de un operativo diseñado por la autoridad, no existiendo por lo tanto, nexos de causalidad entre la conducta de Juan y las amenazas de Pedro.

CASO 2. Pedro llama por teléfono a Juan y bajo amenaza de muerte le exige a nombre de un grupo guerrillero la suma de cinco mil pesos; las autoridades inician el rastreo del aparato telefónico desde donde llama Pedro y en la quinta llamada logran capturarlo. Este caso debe resol-

verse también como tentativa de extorsión, porque Pedro no ha conseguido, por circunstancias ajenas a su voluntad, que Juan haga (entregarle el dinero) lo que él quería.

CASO 3. En la misma hipótesis anterior, Juan constreñido por la amenaza, entrega el dinero a Pedro, quien en el momento de recogerlo o instantes después, es capturado por la autoridad. Se trata de un caso consumado de extorsión, en el que efectivamente se logró que la víctima hiciera algo (entrega del dinero) por causa de la amenaza, y sin que se requiera la efectiva incorporación patrimonial por parte del agente.

Los anteriores ejemplos, parten de la idoneidad de la conducta del autor, esto es, que la amenaza tiene capacidad de constreñimiento. Distinta es la situación en aquellos casos en los cuales la conducta del agente es inidónea, por ejemplo, cuando alguien mediante una carta llamándose enviado del demonio, le exige dinero a un abogado so pena de hacerle un maleficio. Tal conducta caería en el ámbito del delito imposible por inidoneidad de la conducta.

to, para llevarlos a una exposición con el ánimo de beneficiar a su amigo pintor.

(15) Pérez P., Alvaro. Derecho Penal Especial. U.E.C. Pág. 343.

(16) Baquero Borda, Hernando. "El delito de Extorsión" Pág. 28, en "Estudio de Derecho Penal", 1981.