



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellín

SALA PENAL

Radicado: 05001-60-00-206-2018-10067
Procesado: Yeison Andrey Zea Hoyos y otro
Delito: tentativa de extorsión
Asunto: Apelación de sentencia condenatoria
M. Ponente: Miguel Humberto Jaime Contreras

Aprobado por Acta No.160

Medellín, dieciocho (18) de diciembre de dos mil dieciocho (2018)

1. VISTOS

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el defensor de *Yeison Andrey Zea Hoyos y Nicolás Alejandro Muñoz Pérez*, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Penal Municipal de Medellín, el 4 de octubre de 2018, que condenó a sus asistidos como coautores del delito de tentativa de extorsión.

2. EL HECHO

El señor Walter Emilio Pérez Hurtado, comerciante de esta ciudad, se le venía exigiendo la entrega de dineros bajo amenazas, siendo objeto de una retención, tanto él como dos de sus empleados, para lograr el pago de \$ 57.000.000, situación que no es objeto del proceso.

Dos días después, el 28 de febrero de 2018, fue citado en el Centro comercial Premium Plaza de esta ciudad a las 14:30, con el fin de que entregara la suma de \$ 35.000.000, lugar al que llegaron a reclamarlos cerca de las 16:06 horas los jóvenes *Yeison Andrey Zea Hoyos y Nicolás*

Alejandro Muñoz Pérez, quienes fueron capturados en situación de flagrancia en la zona de comidas del establecimiento comercial cuando recibieron un paquete que contenía \$ 500.000 pesos en efectivo para el pago de la extorsión.

3. DEL ALLANAMIENTO A CARGOS

Con posterioridad a la radicación del escrito de acusación y previa a la realización de la audiencia respectiva, el 27 de junio de 2018, expusieron los procesados el deseo de allanarse a los cargos que le fueron imputados. Al interior de la diligencia, procedió el juez a verificar la voluntad, libre de vicios del consentimiento de los procesados en la aceptación de cargos y al encontrar reunidos los presupuestos legales procedió a admitirla, causa por la cual efectuó la audiencia del artículo 447 del Código Procesal Penal y emitió sentencia condenatoria.

4. DE LA SENTENCIA

Sólo reseñamos de la sentencia de primer grado que se integra a esta, lo relacionado con la tasación de la pena impuesta a los señores *Yeison Andrey Zea Hoyos y Nicolás Alejandro Muñoz Pérez*, quienes, como ya se dijo, fueron condenados en virtud del allanamiento a cargos como coautores del delito de extorsión tentada, fijándoseles una pena de veintisiete (27) meses de prisión y multa de ciento treinta (130) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la pena principal. La tasación de la pena la realizó el juez de la siguiente manera:

Estableció el juez que la sanción del delito de extorsión, sería la establecida en el artículo 244 del Código Penal que va de 192 a 288 meses de prisión y multa de 800 a 1800 SMLMV, sin el incremento previsto en la Ley 890 de 2004 (sic), conforme lo dispuesto por la Sala de Casación Penal

de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 27 de febrero de 2007, radicado 32254.

Al considerar que el delito fue tentado (artículo 27 del Código Penal) estimó que la pena sería de 96 a 216 meses de prisión y multa de 400 a 1350 smlmv, que distribuyó en cuartos, partiendo en el caso concreto del primer cuarto de movilidad punitiva que calculó entre 96 a 126 meses de prisión y 400 a 637.5 salarios mínimos legales mensuales vigentes, (en adelante smlmv), por cuanto para ambos procesados no fueron atribuidas circunstancias genéricas de mayor punibilidad y obra en el caso de Nicolás Alejandro Muñoz Pérez la circunstancia de menor punibilidad consistente en la carencia de antecedentes penales, la que no obra respecto a *Yeison Andrey Zea Hoyos*, que cuenta con antecedentes penales dentro de los 5 años anteriores.

El juez dedujo una mayor gravedad del delito con base en el modo como se realizó la conducta punible: con citación de la víctima a un lugar público, la forma como pretendieron apropiarse del dinero y huir ante los requerimientos de las autoridades poniendo resistencia al arresto, lo que sumado a la intensidad del dolo y el daño potencial creado (cobro de \$35.000.000), lo llevaron a apartarse del mínimo del primer cuarto de movilidad de la pena, imponiendo la mitad de este dentro de sus cálculos, es decir, ciento once (111) meses de prisión y multa de 518.75 smlmv. Advirtió el juez que para estimar la mayor gravedad de la conducta no consideraría la exigencia dineraria de \$50.000.000 realizada dos días antes de los hechos que nos ocupa, en tanto al parecer, nada tiene que ver con las dos personas imputadas.

No le fue reconocida la rebaja por allanamiento a cargos conforme lo previsto en el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, ni la prevista en el artículo 268 del Código Penal, por cuanto el valor de la extorsión supera 1 smlmv, mas sí le rebajó la pena en las $\frac{3}{4}$ partes, conforme a lo previsto en el artículo 269 del Código Penal, dado que se cancelaron los perjuicios

causados a la víctima, imponiendo en definitiva una pena de 27 meses, 22 días de prisión y multa de 130 smlmv.

Por último, denegó a los sentenciados la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria aplicando el artículo 68 A del Código Penal, que expresamente prohíbe su otorgamiento.

5. DEL RECURSO DE APELACIÓN

5.1 Pretende la defensa se corrija el yerro que estima se cometió en la sentencia de primera instancia al determinar la pena, como quiera que el juez habría omitido reconocer una rebaja considerable, que lo hace incurrir en una vía de hecho.

Alega que, en el caso, el juez se ubicó en los cuartos medios en razón de la gravedad del comportamiento y la exigencia de dinero que se le realizó a la víctima con anterioridad de \$ 50.000.00, circunstancia que advierte la defensa, aparece enunciada, mas no motivada y por demás, por la prohibición legal no descontó el 12.05% de que trata el artículo 351 del Código de Procedimiento Penal por allanamiento a cargos, desconociendo además que la conducta fue tentada y “debió partir del máximo de la pena de la conducta de extorsión” y reconocer hasta el 50% de descuento por el pago de perjuicios e imponer en definitiva una pena de 17 meses de prisión, sin ningún tipo de beneficio.

Sostiene que para evitar que la pena se convierta en una venganza en contra de los procesados, se debe revocar la decisión de primera instancia y en su lugar se reconozcan las rebajas de pena establecidas en la ley en la medida aritmética correspondiente o se declare la nulidad de la sentencia por ser violatoria del derecho.

5.2 La Fiscalía como no recurrente, no realizó ninguna manifestación al respecto.

6. LAS CONSIDERACIONES

Como la Sala no observa motivo de nulidad de la actuación procesal y la defensa la invoca de manera genérica, no se decidirá al respecto, por lo que, de mediar sustentación adecuada, debería la Sala ocuparse de establecer si existió un error en la tasación de la sanción como lo alega la defensa, es decir, si realmente se partió del cuarto medio para la imposición de la pena y no del primero, si procedía la rebaja de pena por allanamiento a cargos y la disminución del 50% por indemnización de perjuicios.

No obstante, como pasará a explicarse, de esta labor nos releva que no se ofrecieron argumentos para cuestionar lo determinado por el juez, en tanto invocar que un monto es más favorable para el procesado no resulta un argumento capaz de remover lo decidido, a la vez que en algunos de los asuntos no le asiste interés para recurrir al defensor apelante por cuanto lo pretendido, y en un caso con mayor holgura, fue reconocido en la sentencia.

La segunda instancia se rige por los principios de la justicia rogada, en tanto lo alegado por el recurrente delimita el objeto de la impugnación y otorga competencia para resolver el asunto puesto a consideración. Por tanto, deber prioritario de la Sala es verificar si el recurso de apelación presentado por la defensa fue adecuadamente sustentado, conforme a la exigencia para su concesión establecida en el artículo 178 del Código de Procedimiento Penal, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y la sistemática procesal.

Por supuesto que la adecuada sustentación del recurso le impone al impugnante la carga de presentar reparos que tengan la potencialidad de remover la decisión del juez, en tanto no cabe la revisión oficiosa en

segunda instancia salvo aspectos de debido proceso o sustantivos de justicia legal que favorezcan al procesado, por lo que la censura ha de tener como referente obligado los fundamentos de la decisión, de modo que el razonamiento del apelante los confronte u ofrezca razones que obligue a desestimarlos y así obtener la modificación o revocatoria. Por consiguiente, si la argumentación ofrecida en la impugnación es insuficiente para demoler los cimientos de la decisión apelada es inútil la revisión de la segunda instancia, pues de todas maneras la providencia no podría ser modificada. Al respecto ha referido la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en el radicado 37.258 con ponencia del Dr. Fernando Alberto Castro Caballero¹.

En este caso, no puede entenderse como una sustentación adecuada el mero hecho de que la impugnación se ocupara de los aspectos temáticos de la tasación de la pena, pues se hizo no solo con censuras simples y escuetas, como que debía reconocerse la rebaja por allanamientos a cargos sin dar más razones, específicamente sin ofrecer argumento alguno

¹ *“Conforme se desprende de la norma transcrita, no se somete a duda alguna, la necesidad de sustentar la impugnación, pero la misma norma es clara en señalar que no basta la mera sustentación o defensa de una posición, sino que esa sustentación debe ser la debida, la adecuada, la apropiada al caso. Esto lleva a concluir que no es suficiente la mera exposición de argumentos que tiendan a defender una determinada postura, sino que es preciso que esa argumentación esté orientada a controvertir de manera seria la decisión impugnada, señalando las razones del disenso, destacando cuáles pueden ser las falencias de la providencia y de qué manera tal decisión no resulta acertada y acorde con el ordenamiento, todo ello siempre sin perder de vista el substrato fáctico sobre el cual se realiza el debate. La sustentación debe señalar con claridad qué es lo que se pretende.*

Sobre ese ejercicio dialéctico que comporta la impugnación, y que implica una sustentación adecuada, ha destacado la Corte:

“De ahí que la fundamentación de la apelación constituya un acto trascendente en la composición del rito procesal, en la medida que no basta con que el recurrente exprese inconformidad genérica con la providencia impugnada, sino que le es indispensable concretar el tema o materia de disentimiento, presentando los argumentos fácticos y jurídicos que conducen a cuestionar la determinación impugnada, carga que de no ser acatada, obliga a declarar desierto el recurso, sin que se abra a trámite la segunda instancia, toda vez que de frente a una fundamentación deficiente el funcionario no puede conocer acerca de qué aspectos del pronunciamiento se predica el agravio. Pero una vez satisfecho el presupuesto de la fundamentación explícita o suficiente, en cuanto identifica la pretensión del recurrente, adquiere la característica de convertirse en límite de la competencia del superior, en consideración a que sólo se le permite revisar los aspectos impugnados¹”

para remover la fuerza de la prohibición legal prevista en el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006. Además, se presentaron reparos respecto a asuntos que fueron reconocidos, esto es, que debía proceder una rebaja de hasta la mitad de la pena por la reparación efectuada, desconociendo que se había concedido una mayor de $\frac{3}{4}$ partes o la censura de que no se partiera del primer cuarto de punibilidad para efectos de la imposición de la pena, cuando fue precisamente ese el ámbito de movilidad punitiva que consideró que consideró el fallador, es decir, esas pretensiones ya fueron satisfechas por el juez, incluso en el primer evento con mayor amplitud a la reclamada, por lo que el apelante carecía de interés para recurrir estos aspectos.

Por demás, argumenta que el fallador de primer grado se ubicó en los cuartos medios para la imposición de la sanción dada la gravedad del comportamiento y la exigencia de dinero que se le realizó a la víctima con anterioridad de \$50.000.000; sin embargo, observa la Sala que existe de parte de la defensa un entendimiento errado de la argumentación del juez, quien de manera precisa descarta el evento de la exigencia dineraria ocurrida dos días antes a los hechos que nos ocupan, al explicar que la mayor intensidad y dolo de la conducta se considera por el daño potencial creado *“dejando aparte los cincuenta millones (\$50.000.000) que tuvo que dar dos días antes y que aparentemente no están conectados con las dos personas que aquí se condenan (...)”*

En síntesis, cotejada la sustentación del recurso de apelación de la defensa con la fundamentación de la sentencia, encuentra el Tribunal que no se lograron presentar argumentos serios, ni concretos ante los aspectos decididos adversamente como para siguiendo la argumentación de la impugnación evidenciar los yerros de la decisión de primera instancia, que permitan revocar o modificar lo decidido; por consiguiente se declarará desierto el recurso de apelación.

Sobre esto último, cabe advertir que si bien la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia² se dirige a que en vez de declarar desierto el recurso de apelación se deniegue para posibilitar el recurso de queja, en aras de darle importancia al principio de la doble instancia, debe tenerse presente que esta interpretación es válida solo para cuando se hace en primera instancia, como se colige del asunto que la inspiró, en el que nuestro máximo organismo de la jurisdicción ordinaria actuaba como juez de segunda instancia y porque la regulación literal y sistemática del recurso de queja, imponen su resolución por el superior funcional, por lo que de inadmitirse en esta sede el recurso con tal fin, chocaría con nuestra tradición jurídica que interviniera una tercera instancia.

Al margen de la indebida sustentación, observa la Sala un error en la tasación de la pena que no fue puesta de presente por la defensa en la sustentación del recurso, por lo que el problema que se abre es si pese a inadmitirse el recurso, puede oficiosamente la Sala efectuar una corrección de fondo de una manifiesta injusticia por desatención de una disposición legal.

Juzga el Tribunal que la respuesta debe ser afirmativa, siguiendo una argumentación analógica y a fortiori a la de nuestro máximo organismo de la jurisdicción ordinaria cuando matizó el principio de limitación en el recurso extraordinario de casación para abrir la posibilidad de la casación oficiosa “...cada vez que advierta que la decisión es contraria a la Constitución y la ley, esto es, de manera obligatoria en los eventos en que la sentencia haya sido dictada en un juicio viciado de nulidad (por falta de competencia, violación del debido proceso o el derecho de defensa) y de modo facultativo “cuando sea ostensible que la misma atenta contra las garantías fundamentales”³

² Ver sentencia AP4870-2017, Radicación 50560 del dos (02) de agosto de dos mil diecisiete (2017), con ponencia del Magistrado LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

³ Sentencia del 7 de abril del 2010, Rad. 27.595, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

La argumentación empleada por la Corte en la matización señalada, se fundamenta en el artículo 2 de la Carta Política que impone a todas autoridades como fin esencial del Estado “*garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución*”; en el mandato del artículo 228 ídem que obliga a la rama judicial a darle prevalencia en sus actuaciones al derecho sustancial, así como en los artículos 1 y 9 de la ley estatutaria de la administración de justicia, que tienden al mismo objetivo, esto es, a salvaguardar la efectividad de derechos y obligaciones de quienes intervienen en el proceso.

Si bien a esta argumentación se le agrega la calidad orgánica de la Corte de ser el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria y de casación, el hecho de que el Tribunal carezca de dicha característica, es decir, no sea órgano de cierre, no es una diferencia relevante para dispensar una distinción de trato a la parte que tiene sus derechos afectados. Por el contrario, a juicio del Tribunal opera al respecto un argumento *a fortiori*, esto es, si por estos motivos de justicia se relativizó el principio de limitación de un recurso extraordinario, con mayor razón puede hacerse de un recurso ordinario, como es la apelación.

Desde luego que no puede perderse de vista que en el caso se anunció por el juez que no tendría en cuenta el aumento de la pena dispuesta en la Ley 890 de 2004 para tasar la sanción del delito de extorsión, de conformidad con lo previsto por la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, sin embargo se estableció que el monto de la pena base sería de 192 a 288 meses de prisión y multa de 800 a 1800 smlmv, cuando debió considerarse la legislación anterior que preveía una pena de 144 a 192 meses de prisión y multa de (600) a mil doscientos (1.200) salarios mínimos legales mensuales vigentes (en adelante smlmv), lo que torna necesario de oficio realizar la corrección en ese sentido; puesto que si bien, de asumirse el yerro como matemático podría corregirlo el juez, no deja de ser incierto

que así pueda caracterizarse en tanto la equivocación recayó en la escogencia de la cantidad punitiva que se tomó de la norma vigente en la actualidad, pese al anuncio hecho, lo que determinaría que la única forma de corregir tal entuerto fuera mediante la acción de revisión, lo que además de constituir una exigencia desproporcionada al afectado, demandaría un mayor desgaste de la administración de justicia.

Entonces, se impone la modificación de la sanción, considerando que la pena para el delito que nos ocupa va de 144 a 192 meses de prisión y multa de (600) a mil doscientos (1.200) smlmv; que al ser una tentativa la rebaja sería de la 1/2 del mínimo y no sería mayor de las $\frac{3}{4}$ partes de la pena, debiendo así considerarse que la pena iría de 72 a 144 meses de prisión y multa de 300 a 900 smlmv.

Tal como lo hizo el juez de primera instancia se partirá del primer cuarto de movilidad de la pena que va de 72 a 90 meses de prisión y multa de 300 a 450 smlmv, que, aumentada en la misma proporción del fallador, esto es, en la mitad, arrojaría una pena a imponer de 81 meses de prisión y 375 smlmv de multa. A la vez deberá realizarse la rebaja de las $\frac{3}{4}$ partes de la pena reconocida en primera instancia por la indemnización de perjuicios, lo que arroja un total de pena por descontar de 20 meses y 7 días de prisión y multa de 93.75 smlmv. En igual lapso de la pena de prisión se disminuye la sanción accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por la defensa en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Penal Municipal de Medellín, mediante la cual se condenó a *Yeison Andrey Zea Hoyos* y *Nicolás Alejandro Muñoz Pérez*, como coautores del delito de extorsión en la modalidad de tentativa.

No obstante, oficiosamente se readequa la pena que deben descontar *Yeison Andrey Zea Hoyos* y *Nicolás Alejandro Muñoz Pérez* fijándola en 20 meses y 7 días de prisión y multa de 93.75 smlmv. En igual lapso de la pena de prisión se disminuye la sanción accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas.

Contra esta decisión, la que queda notificada en estrado al momento de su lectura, procede el recurso de casación en lo que se relaciona con el ajuste de la pena, salvo en lo concerniente a la declaración de desierto del recurso que cuenta con el recurso de reposición.

MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS
MAGISTRADO

PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN
MAGISTRADO

MARITZA DEL SOCORRO ORTIZ CASTRO
MAGISTRADA
(En Permiso)