

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA PENAL

Radicado: 66001 60 00036 2013 02668

Acusados: Jonatan Rodríguez Osorio y otros

Delito: Tentativa de extorsión

Decisión: Declara la nulidad

Magistrada Ponente: Maritza Del Socorro Ortiz Castro

Aprobado, según Acta No. 008

Medellín, enero veintidós (22) de dos mil dieciséis (2016).

Sería del caso que la Sala entrara a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la víctima contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Bello, a Jonatan Rodríguez Osorio, Jaiber Alirio Hurtado Ramírez, Liliana María Osorio Montoya y Carlos Enrique Rodríguez Ramos, producto de la petición de absolución perentoria hecha por la Fiscalía, sino se observara una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso.

HECHOS

Pueden resumirse los presentados por la Fiscalía, en los siguientes términos:

El 16 de junio de 2013, sobre la hora de las dos de la tarde, en el centro comercial Bolívar Plaza de la ciudad de Pereira, fueron capturados en un procedimiento antiextorsión, las siguientes personas: Jonatan Rodríguez Osorio, su madre Liliana María Osorio, Carlos Enrique Rodríguez Ramos y el amigo del primero Jaiber Alirio Hurtado Ramírez, atendiendo la denuncia formulada en su contra por el señor Argemiro Orozco Bedoya, sacerdote católico colombiano que ejercía su ministerio en Estados Unidos, quien señaló que venía siendo obligado a entregar una suma

de dinero que oscilaba entre los noventa (\$90.000.000) y ciento veinte (\$120.000.000) millones de pesos, bajo amenaza de la publicación y denuncia de videos de índole sexual que evidenciaban la relación sentimental que éste había sostenido con Jonatan Rodríguez Osorio, desde que tenía quince (15) años de edad, la que perduró por más de una década, fungiendo el clérigo como el proveedor económico de su pareja y su grupo familiar.

Versión que se enfrenta a las explicaciones brindadas por los acusados, quienes admiten las circunstancias que rodearon la captura y la exigencia que Jonatan y Jaiber le hicieron al sacerdote para que cumpliera su reiterada promesa de darle una vivienda a la familia, so pena de denunciarlo, atendiendo las circunstancias en que ésta había perdido su casa, más el posterior abandono del que había sido objeto aquél, por la enfermedad catastrófica que lo aqueja.

ACTUACIÓN PROCESAL

1.- El 17 de junio de 2013 se cumplieron ante el Juez de Control de Garantías, las audiencias de legalización de captura, imputación de cargos por el delito de extorsión agravada en la modalidad de tentativa, previsto en el art. 244, 245 numerales 4, 6, 7 y 10, en concordancia con el art. 27 del C.P.- Se impuso medida de aseguramiento en centro de reclusión.

2.- Posteriormente la Fiscalía presentó solicitud de preclusión a favor de todos los procesados, misma que fue negada por el juez de conocimiento que la atendió.

2.- Pasa entonces la Fiscalía a presentar acusación contra los imputados por los mismos cargos y el juicio se desarrolló por los causes indicados en el libro III de la ley 906 de 2004.

3.- Al finalizar la práctica de pruebas, antes de la presentación de los alegatos conclusivos, la Fiscalía solicitó la absolución perentoria de los acusados a voces del art.442 del C.P.P., con su consiguiente libertad.

Sustentó su pretensión, así:

Explicó que practicada la totalidad de la prueba, concluye que los hechos y la conducta enrostrada a los cuatro acusados, es “ostensiblemente atípica”. No se

presenta el delito de extorsión desde ningún punto de vista porque no se ve la ilicitud de la exigencia, ya que la misma era altamente lícita.

Licitud que deriva de la relación de pareja que por mucho tiempo sostuvo el sacerdote con Jonatan, con plena dependencia económica, unida a la demostración de la promesa de la donación de la casa, lo que hacía viable la exigencia de su cumplimiento por la parte menos favorecida, máxime si se había ofrecido.

Tampoco observa por ninguna parte que se hubiese ejercido violencia o intimidación, no se reportan amenazas que atenten contra la integridad o la vida del denunciante, *“orquesto y adecuo todo el escenario para que se cometiera el delito fueron los padres”* - refiriéndose a los religiosos-

Dice, que no hay necesidad de alegar, simplemente manifestar que no hay delito de extorsión, porque no se da el elemento de esa exigencia de ilicitud, no se menoscabó el bien jurídico tutelado que es el patrimonio económico, este no tuvo desmedro alguno. Era el denunciante el que ofrecía enviar todos los dineros para su utilización y menos el dolo. Todos los testimonios escuchados son claros, coherentes y no se avizora ese requisito esencial, que enmarca la culpabilidad y que debe ser característico en delito enunciado.

Explica que podría pensarse en otro punible, como el constreñimiento ilegal, pero al respecto nada puede hacerse porque la fiscalía no acuso por tal conducta y se repelen.

Culmina señalando que está demostrado que no se da la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, por lo que debe aplicarse el art.442-.

4.- Ante tal petición, el juez de instancia explica el trámite a seguir, que impone no escuchar los alegatos conclusivos y procede a analizar la situación, concluyendo la viabilidad de proferir sentencia absolutoria por dos razones que sintetiza en los siguientes términos: frente a la atipicidad, halla eco el razonamiento del fiscal, al no observar en el autor un provecho ilícito. Las pruebas aportadas por las partes, dan cuenta que hubo promesa de entrega de vivienda. Ese provecho, dice el fiscal, deja de ser ilícito, porque sería el cumplimiento de ésta, aunque admite que el problema radica en la forma cómo se exigió porque aparentemente los correos afectaban a la víctima, creaban zozobra, le generaban una presión, y objetivamente esa conducta,

podría trasladarse a constreñimiento ilegal, pero no extorsión porque falta “*el elemento objetivo del tipo, tipo objetivo o tipo subjetivo*”.

Pero también explica que acepta la solicitud, por una especie de economía procesal, pues de acuerdo al principio de congruencia, el acusado no puede ser condenado cuando la fiscalía pide absolución y de seguirse el procedimiento de alegatos conclusivos, se llegaría a la misma conclusión dado que el fiscal ha dicho que no hay tipicidad, es decir que insistirá en la absolución, máxime cuando también ha aducido que la conducta tampoco es antijurídica, ni culpable, por lo que entiende que el trámite subsiguiente alargaría innecesariamente el asunto.

Por tanto, admite proferir la sentencia absolutoria, y habilita el escenario para que se interponga contra dicha decisión el recurso de reposición.

5.- En uso del mentado recurso el apoderado de la víctima interviene y explica en extenso su disenso, el que no logra registrarse en el audio que se remite a esta instancia –inaudible-, pero cuando el juez retoma la definición del mismo señala que superó las dos horas de intervención.

6.- Se da trámite completo al recurso, con participación de los no recurrentes y finaliza el juez no reponiendo la decisión y admitiendo que la discusión fue tan amplia, que eso podría generar inquietud sobre la ausencia de objetividad de la atipicidad, no obstante, se mantiene en sus dos tesis, volviendo en argumentos sobre lo ya expuesto.

LA DECISIÓN OBJETO DE IMPUGNACIÓN

En la sentencia el *a-quo* planteó tres problemas jurídicos a resolver, que giraban en torno a la relación suscitada entre Jonatán Rodríguez Osorio y el Padre Argemiro Orozco Bedoya, la promesa de la casa, los correos amenazantes enviados al Sacerdote, y la intervención del Padre Julián Cárdenas Corrales en el desenlace de los hechos. En ese orden de ideas, el Juez de Instancia analizó:

1. La manifestación de la voluntad como fuente de obligaciones civiles y su efecto en el campo penal.

Acota que en el proceso quedó plenamente demostrado que el Padre Argemiro Orozco Bedoya, se comprometió voluntariamente, en forma expresa y reiterada a comprarle una casa a Jonatán Rodríguez Osorio.

Y, soporta dicha afirmación en los testimonios rendidos por: los Sacerdotes Argemiro y Julián, Graciela Castellanos, Erika Andrea Quintero Rojas, María Soledad Gómez Marín, John Mario Vélez, Liliana María Osorio, Jonatán Rodríguez, Carlos Enrique Rodríguez Ramos y Jaiber Alirio Hurtado Ramírez; que dan cuenta de que efectivamente Jonatán y el Padre Argemiro sí sostuvieron una relación sentimental por varios años, que éste le ayuda económicamente a su pareja y familia, y que sí prometió a Jonatán la casa. Y, si bien, el Sacerdote niega dicha promesa, esto no tiene soporte probatorio en el proceso, fuera de eso, tampoco cuenta con credibilidad, atendiendo a que en su declaración también negó su relación con Jonatán, y luego la admitió al ponerse de presente la denuncia instaurada por su abogado.

Demostrada así, la real existencia de la manifestación de la voluntad del Padre Argemiro, se debe determinar si tiene implicaciones legales, y para ello, el *a quo* se remite a lo dispuesto en los Arts. 1527, 1494, 2302, 1502 y 1524 del CC, y a lo explicado por el tratadista Jorge Iván Ledesma Gil¹, para concluir que el citado Clérigo se obligó con Jonatán y su familia, es decir, que esa promesa de comprarles una casa, sí produce efectos jurídicos, y podría denominarse cuasicontrato, por cuanto, surge de un hecho lícito que es la bondad del sacerdote, quien es una persona capaz para emitir su consentimiento, no adolece de vicios, y el objeto y la causa son también lícitas, es decir, donar una casa a una familia pobre y a su compañero sentimental no son contrarios a la ley.

2. Estructura del punible de extorsión.

Explica el Juez de Instancia que de acuerdo al acervo probatorio, Jonatán Rodríguez Osorio y Jaiber Alirio Hurtado Ramírez, sí constriñeron al Sacerdote para que cumpliera la obligación, y esa conducta tenía una precisa y clara finalidad, la de exigir la compra de la casa, por lo que se da el primer y segundo requisito del tipo penal; no obstante, no se cumple con el tercer presupuesto, en tanto, el propósito de los procesados no era ilícito, pues lo que buscaban era la consecución de una

¹ Teoría General de las Obligaciones, Biblioteca Jurídica Dike, 2003, página 121.

promesa. Aspecto, corroborado por los procesados y los sacerdotes, y que significa, que las implicaciones de esa obligación legal (civil o natural) en el campo penal, impiden estructurar ese elemento del tipo penal de extorsión, es decir, si el propósito o beneficio no era contrario a derecho, no se da la ilicitud exigida en él, de donde la conducta resulta atípica, por la falta de uno de los postulados esenciales que lo estructuran.

Una vez el Juez reitera lo anotado anteriormente, añadiendo que el apoderado de la víctima confunde el medio usado para alcanzar el provecho, con el provecho mismo, indica que en este proceso queda en duda lo referente al tipo subjetivo o dolo específico de querer extorsionar a la víctima, lo que es un aspecto que se suma para concluir que fuera por absolución perentoria, o atipicidad subjetiva de la conducta, o por indubio personae, igualmente debía absolverse a los procesados.

3. ¿Puede el Despacho condenar aunque la Fiscalía haya deprecado la absolución?

El *a quo* considera que esto no es posible jurídicamente, atendiendo a que el Sistema Penal Acusatorio es rogado, por lo que no es dable condenar cuando el titular de la acción penal no lo ha pedido y demostrado legítimamente –Arts. 200, 308 y 361 CPP-.

Finalmente, el Juez de Instancia expone que a su criterio la conducta desplegada por Jonatán y Jaiber, podría configurar el delito de constreñimiento ilegal –Art. 182 CP- pero que no se podrá condenar por este punible, por cuanto este delito y el de extorsión no están en el mismo título ni capítulo, y además porque la fiscalía no acuso por constreñimiento, fuera de eso pidió absolución para todos los procesados, y esto sería conculcar el principio de congruencia –art. 448 CP-.

Como consecuencia de lo anterior, absuelve a los procesados.

EL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la víctima muestra su inconformidad con el fallo absolutorio, solicitando su revocatoria, bajo la siguiente argumentación:

Considera que sí se cumplieron los preceptos del Art. 244 del CP con los agravantes del Art. 245, para que se profiriera una sentencia condenatoria, toda vez, que los señores Liliana María Osorio Montoya, Carlos Enrique Rodríguez Ramos, Jonatán Rodríguez Osorio y Jaiber Alirio Hurtado Ramírez, en coparticipación, es decir, contribuyendo cada uno en forma eficaz, a través de llamadas telefónicas y correos electrónicos, exigían al Padre Argemiro Orozco Bedoya, la entrega de una casa que le había prometido a Jonatán años atrás; y para constreñirlo a que cumpliera, le exigían la suma de \$90.000.000, con el propósito de no publicar en la redes sociales, un video en el que aparecían Jonatán y el Padre Argemiro, en situaciones de índole sexual.

Cuenta que en el año 2011, el Sacerdote Argemiro al darse cuenta que Jonatán era una persona consumidora de heroína y portadora de VIH, decidió no tener más encuentros sexuales con él, por lo que, el no volver a colaborarle económicamente a él y a su familia, les despertó tanta rabia, que para presionarlo a que les continuará ayudando y les diera los \$90.000.000 para una casa, acudieron a la herramienta de esos videos; y para ello la señora Liliana María Osorio, prestó una gran contribución intimidando y ocasionando miedo en la víctima, para de esa forma obligarlo a entregar el dinero.

Continúa diciendo, que en el año 2013 Jaiber Alirio Hurtado Ramírez entra a la vida de Jonatán y su familia, éstos le cuentan lo acontecido, y usando sus conocimientos sobre la Iglesia Católica, atendiendo a que fue seminarista en Estados Unidos y empleado de la Universidad Minuto de Dios, decide a través de correos, presionar al Padre Argemiro para que les suministrara el dinero para la compra de la casa.

Explica, que en ese sentido, tal y como fue manifestado por Jonatán y Jaiber en el juicio, en vista de que el Padre luego de conocer la situación de Jonatán no volvió a responder los mensajes, Jaiber utilizando sus conocimientos en inglés, optó por enviarle un correo. No obstante, no se allegó como elemento probatorio al proceso, pero los referidos testigos hicieron alusión éste (transcribe el correo²). Luego, para ejercer más presión, remitió al Sacerdote copia de unos correos electrónicos enviados al Vicario de los Hispanos, superior jerárquico³, lo que evidencia, que la intención de Jaiber era asustar, constreñir, intimidar y obligar al Padre a entregar el

² Folio 209

³ Folio 210-211

dinero para la compra de la casa, sumado a ello, también manifestó su deseo de sacar provecho personal de ello⁴.

Ante dicha situación, el Padre Argemiro le contó lo sucedido al Padre Julián Alberto Cárdenas, quien se contactó con Jonatan y Jaiber, acordando una cita; allí, le confirman la presencia del video y la intensión de estos junto con la señora Liliana María Osorio, de acabar con la vida sacerdotal del Padre sino cumplía la promesa, sin embargo, no se probó la existencia del citado video. Luego, se repiten los correos amenazantes manifestándole al Padre Argemiro que sí no cumplía publicarían el video, igualmente, Jaiber utiliza tres fotos del Sacerdote para ocasionarle más miedo y obligarlo a entregar el dinero. En razón de ello, a través del Gaula de la Policía, se programó un operativo para la entrega.

Así las cosas, relata que los extorsionistas exigieron que debía entregarse una parte de la plata en efectivo y la otra en cheque, igualmente el padre Julián pidió que le fuera firmado un recibo o constancia de entrega, documento que fue llevado por Jaiber el día acordado, y en el que se hacía relación a que esos \$90.000.000 eran una donación para una casa de parte del Padre Argemiro a Jonatán, mismo que fue firmado por el padre Julián, y que denota el dolo y la mala intensión de Jaiber.

Al respecto, expone que la Fiscal del Gaula de Pereira, no tuvo ninguna duda frente a la comisión del punible de extorsión, y en igual sentido ocurrió con el Fiscal 20 Especializado de Medellín, no obstante, el Fiscal que tiene ahora el caso ha tratado de hacer notar la conducta de Jaiber como un apostolado, y si bien, en uno de los correo enviados al Padre Argemiro, éste indicó que lo que hacía no era una extorsión, esto no desdibuja la clara y manifiesta intensión dolosa de Jaiber para obtener provecho para sí y para unos terceros, a través del constreñimiento ilegal efectuado en coparticipación con los demás procesados.

Informa que luego de la captura en flagrancia, Jonatán denunció al Padre Argemiro, pero en providencia del 22 de mayo de 2014, se profirió Resolución inhibitoria por falta de credibilidad del denunciante.

Finalmente, el apoderado de la víctima presenta sus inconformidades indicando:

⁴ Folio 211-212

- La Fiscalía 220 de Bello confundió, atacó y presionó al testigo Argemiro Orozco Bedoya, con el fin de que su testimonio perdiera credibilidad; aspecto que favorecería a los procesados, pues desde que el proceso llegó a su conocimiento su intención ha sido hacerlos ver como inocentes y lograr su libertad a toda costa.
- La teoría de la Fiscalía de absolución perentoria, causa asombro en el sentido de que refiere que no se configura el delito de extorsión en tanto el padre Argemiro no fue amenazado de muerte.
- La intención de la Fiscalía era causar desconfianza en el interrogatorio del Padre Argemiro, para que se le restara credibilidad a la víctima y al padre Julián, quienes simplemente manifestaron la verdad, y era que el Padre Argemiro nunca prometió una casa a los extorsionistas.
- El testigo Jhon Mario Vélez, faltó a la verdad, al decir que conocía al Padre Julián y que tomaba trago con él. Acontecimiento que fue negado por el Sacerdote, y denunciado ante la Fiscalía por falso testimonio.
- La testigo Liliana María Osorio, manifestó en audiencia que el Padre Argemiro les había ofrecido una casa debido a que eran desplazados por la violencia, pero luego encaja su testimonio haciendo alusión a la promesa efectuada por el clérigo en razón de la relación sentimental con Jonatán.
- Los dichos de la testigo Graciela Castellanos, no tienen sentido y son incoherentes.
- El Juez mal entendió lo dicho por el Padre Argemiro, al momento de indagarle por la promesa, pues la comprendió como si estuviera aceptando la existencia de la misma, y eso no fue así, pues claramente refiere que no prometió esa casa.
- No tuvo en cuenta el juez ni el fiscal, ni la defensa que los contratos deben tener causa y objeto lícito.

Por lo expuesto, concluye que no cabe ninguna duda que el padre Argemiro si fue extorsionado, por Jonatán Rodríguez Osorio, Jaiber Alirio Hurtado Ramírez, Liliana

María Osorio Montoya, y Carlos Enrique Rodríguez Ramos, ya que a través de los diferentes correos, llamadas y la entrevista sostenida entre los procesados y el padre Julián, se dejó clara la intención de publicar ese video, sino se entregaba la suma de 90.000.000, para la compra de una casa, escudados en una promesa que el clérigo nunca hizo, y de haberla hecho el mecanismo de la extorsión no era el camino legal para hacerla cumplir.

Como no recurrente presentó alegaciones la defensa, peticionando la no concesión del recurso o que éste se declare desierto, lo primero por falta de legitimidad dado que fue la fiscalía la que petitionó la absolución perentoria y lo segundo porque considera que no fue debidamente sustentado haciendo análisis de lo concluido en la sentencia para destacar que no fue rebatido debidamente.

El juez concede la apelación por hallarla ajustada a los requisitos legales y contra tal decisión interpone la defensa reposición que también es atendida, con resultado negativo para los intereses del no recurrente.

CONSIDERACIONES

Es competente la Colegiatura para conocer del asunto sometido a estudio acorde con lo normado en el Art. 34 numeral 1 de la ley 906 de 2004.

Sea lo primero indicar que en tema de la legitimidad de la víctima para apelar la sentencia producto de una petición de absolución perentoria presentada por la Fiscalía a voces el art.442 del C.P.P., se está a lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-651/11, que al estudiar la demanda de inexequibilidad de la mentada norma por violación a los derechos de este interviniente, declaró exequible el precepto, explicando en su parte motiva, entre otras razones, que la sentencia proferida en tales términos podía ser recurrida por aquella.

De los antecedentes transcritos, se desprende con absoluta claridad, que la argumentación que soporta la petición de la fiscalía sobre la figura de absolución perentoria, no enmarca dentro de las exigencias que prevé el art.442 del C.P.P., y ello es tan evidente que el mismo Juez en su argumentación para justificar la emisión del fallo de fondo y obviar los argumentos conclusivos que debían presentar las partes, optó erróneamente por entender que se *“alargaría innecesariamente”* el

trámite, conociendo la postura del ente acusador, apreciación que dista en grado sumo del alcance que tienen las formas del juicio en respeto al debido proceso.

Es fácil apreciar, que la misma discusión surgida entre partes e interviniente cuando el Juez indebidamente concede un recurso de reposición contra el anuncio del fallo absolutorio, evidenciaba el alcance del debate y ponía de presente que el tema en verdad no era producto de una ostensible atipicidad objetiva y así lo advirtió, no obstante prefirió acelerar el juicio dictando sentencia con argumentos que no se avienen al debido proceso.

El proferimiento del fallo de fondo no podía anticiparse de esa forma, so pretexto de la petición que finalmente haría el Fiscal de seguirse con los alegatos conclusivos, pues las diferencias con la figura de la absolución perentoria, son enormes y así lo ha explicado la jurisprudencia, para lo cual se hará cita textual de la providencia radicada al No. 34848 del 31 de agosto de 2011, donde la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia analizó el alcance de tal figura:

“V. Sobre el instituto de la absolución perentoria.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, se ocupará de estudiar los alcances de este reciente instituto en su condición de máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria con el propósito de orientar a los operadores judiciales en su justa comprensión. Así tenemos:

1. La figura tuvo su consagración legal en el artículo 442 de la Ley 906 de 2004, que señala:

“...Petición se absolución perentoria. Terminada la práctica de pruebas, el fiscal o el defensor podrán solicitar al juez la absolución perentoria cuando resulten ostensiblemente atípicos los hechos en que se fundamentó la acusación, y el juez resolverá sin escuchar alegatos de las partes e intervinientes”.

2. La expresión literal contenida en el precepto apunta a que los hechos en que se fundamentó la acusación “resulten ostensiblemente atípicos”.

A voces del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la acepción “ostensiblemente” representa un adverbio “De un modo ostensible”, y ésta por su

parte proviene del latín ostendére, mostrar, y se traduce en un adjetivo que puede manifestarse o mostrarse. Ha de entenderse como, claro, manifiesto, patente⁵.

Por su parte, el término atípico, se dice del adjetivo que por sus caracteres se aparta de los modelos representativos o de los tipos conocidos⁶; expresión de marcado acento penal que hace alusión en su modalidad de tipicidad⁷ a uno de los escaños que conforman la conducta punible⁸; o en su sentido positivo lo típico penalmente consiste en el actuar contra derecho.

Luego el sentido natural de la expresión “ostensiblemente atípica” hace referencia a un quehacer que de manera palpable, demostrable, o manifiesto no colinde en la esfera del derecho penal al no adecuarse a la descripción típica que previamente ha efectuado el legislador.

3. Con el propósito de desentrañar el espíritu del legislador cuando concibió el novísimo instituto, se tiene de los antecedentes legislativos⁹:

“...5. Alegatos de los sujetos procesales. Agotada la práctica de pruebas, si de ella surge que los hechos son manifiestamente atípicos, el defensor podrá solicitar la absolución perentoria y el juez la resolverá de inmediato...”.

La modificación que tuvo la ponencia con el precepto finalmente aprobado apunta a dos temas: i) la inclusión del fiscal para efectos de su invocación y, ii) el reemplazo de la palabra “manifiestamente” por “ostensiblemente”, lo que a juicio de la Sala anuncia la intención clara del legislador para que este instituto no pudiera ser invocado frente a cualquier fenómeno de atipicidad, sino frente a circunstancias tales que ameriten la interrupción de una importante fase procesal ante la abierta atipicidad de la conducta investigada.

4. Teniendo en cuenta que la disertación que convoca a la Sala descansa sobre la tipicidad, primer estanco que conforma la conducta punible a voces del artículo 9 del Código Penal, es importante realizar una precisión previa: con la expedición de la Ley

⁵ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, vigésima segunda edición.

⁶ Ib.

⁷ “Artículo 10. Tipicidad. La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal...”.

⁸ “...Artículo 9. Conducta punible. Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable...”.

⁹ Confrontar GACETA DEL CONGRESO 564 31/10/2003 INFORME DE PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY 01 DE 2003 CÁMARA.

599 de 2000, se ha entendido superado el esquema causalista del delito, temática frente a la cual la Sala ha tenido la oportunidad de sentar su criterio¹⁰:

“...El legislador del año 2000 (Ley 599) adoptó un concepto en algo finalista de la acción y, así, el dolo, la culpa y la preterintención pasaron al tipo a formar parte de la acción (el denominado tipo subjetivo), pero ese dolo que, se dice, el finalismo “trasladó” desde la culpabilidad hasta la tipicidad, comporta un dolo natural, “avalorado”, en cuanto se estructura solamente con el conocimiento y la voluntad, en tanto que la conciencia de la antijuridicidad “se quedó” en sede de culpabilidad como parte del juicio de reproche en que consiste ésta.

En la legislación vigente el dolo no es forma de culpabilidad, sino una modalidad de la conducta punible, según se lee con precisión en el artículo 21 del Código Penal. Pero, en contra de lo planteado dentro de las diligencias estudiadas, la conducta dolosa no implica el conocimiento de un simple hecho, sino que, según enseña el artículo 22, “la conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización”. Por tanto, el conocimiento que se exige para la estructuración del dolo, como tipo subjetivo, es el relativo a hechos que tengan relevancia típica”.

5. Bajo tal entendimiento, la tipicidad está compuesta por dos aspectos, el objetivo y subjetivo. En el primero yacen los elementos descriptivos y normativos que cada tipo penal consagra¹¹, en tanto que el segundo abarca el dolo¹² en su doble manifestación: conocimiento de los hechos que tengan relevancia típica y voluntad, con lo cual resulta evidente que la atipicidad de un comportamiento se puede predicar por ausencia de cualquiera de los elementos objetivos o subjetivos del tipo, circunstancias en las que en todo caso se predica la ATIPICIDAD DEL COMPORTAMIENTO.

6. Ahora bien, el legislador estableció que la absolución perentoria sólo será procedente frente a hechos “ostensiblemente atípicos”, luego la pregunta que surge de cara a la situación planteada en este proceso es: en qué condiciones resulta viable?

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 1 de julio de 2009, radicación 31763.

¹¹ Son los referidos a la exterioridad de la conducta.

¹² Denominado avalorado.

Para dar respuesta a este interrogante tenemos que la expresión ostensiblemente atípica consagrada en el artículo 442 de la Ley 906 de 2004, sugiere como conclusión válida que tal calificativo esté referido exclusivamente a aquellos casos en los que faltan uno o varios de los elementos objetivos del tipo; es decir cuando no hay tipicidad en relación con la figura en concreto, como cuando falta el sujeto pasivo o cualquier otro elemento de la conducta típica¹³. Así por ejemplo no existirá daño en bien ajeno, si el bien es propio, o fuga de presos si el presunto autor no se encuentra privado de la libertad.

De donde deviene, que ante la ausencia de alguno de los elementos estructurales del tipo objetivo, aquellos que como viene de verse no requieren un especial proceso valorativo para su comprensión por parte del juzgador, la conducta se torne manifiestamente atípica; siendo por ello que resulta excusada la intervención de los sujetos procesales para sus alegaciones finales, pues aquellas resultarían inanes ante la evidencia de la conclusión, siendo en tales casos en los que resulta posible invocar la absolución perentoria.

En forma sencilla dígase que, sostener una tesis contraria, lo ostensible dejaría de serlo si abarcara el tipo subjetivo, porque en tal caso el juicio de atipicidad estaría sometido a un proceso de valoración extraño a la perentoriedad que este tipo de absolución demanda; pues en el caso de los comportamientos dolosos, se transitaría por la fase del conocimiento y la comprensión de la tipicidad objetiva, y, se impondría valorar el querer, la voluntad de realizar ese comportamiento que se sabe ilícito; proceso intelectual que impone al juzgador estudiar la controversia probatoria que plantean las partes, así como las pruebas que en uno u otro sentido hayan sido incorporadas, lo que resulta contrario a lo “ostensible” de la atipicidad que soporta esta figura....”.

Concluye la Corte que en tal evento se descarta de plano cualquier proceso intelectual que comprometa valoración probatoria.

Y en este caso, el debate que presentó la Fiscalía para soportar su solicitud de absolución perentoria, lo centró en la licitud de la exigencia por existencia de un promesa previa de donación de una casa, por ausencia de amenaza que afectara la integridad física de la víctima, así como por la no antijuridicidad del comportamiento, ni culpabilidad de sus autores. Admitiendo en algunos argumentos

¹³ Si bien las circunstancias de agravación o de atenuación son elementos objetivos del tipo, de su ausencia no deviene la atipicidad del comportamiento.

que “*el delito*” lo gestó la víctima y en otras que podía existir un “*constreñimiento ilegal*”, conducta por la cual no se acusó.

Esos argumentos los encausó el Juez, en el marco del tipo penal imputado para señalar que la atipicidad alegada se refería a la inexistencia del “*propósito de obtener provecho ilícito*” descrito en el art.244 del C.P., por la presencia de la mentada promesa y se extiende en argumentos y análisis probatorios para mostrar la validez de la conclusión, admitiendo a la par la existencia del constreñimiento. Agrega, que en el proceso queda en duda lo referente al tipo subjetivo o dolo específico de querer extorsionar a la víctima, lo que dice, es un aspecto que se suma para concluir que fuera por absolución perentoria, o atipicidad subjetiva de la conducta, o por indubio personae, igualmente debía absolverse a los procesados.

Entonces, si la discusión central está basada en un ingrediente especial del tipo de extorsión de carácter subjetivo, como lo es “*el propósito de obtener provecho ilícito*”, es evidente que el asunto toca con un aspecto de valoración, que dista de enmarcar en el concepto de lo “*ostensiblemente atípico*”, al que alude el art.442 del C.P.P.-

La doctrina enseña que hay elementos subjetivos del tipo distintos al dolo, que supone en el autor un determinado propósito o intención, una motivación o impulso, que de suyo ya contemplan juicios de valor referidos a la siquis del actor que califican su conducta, aspecto que en el caso que se plantea ya es de amplia controversia probatoria, como igual lo advirtió el juez de instancia al adelantarse a observar que el tema era bastante discutible, pero anticipando la culminación del juicio por la postura asumida por el fiscal, que igual anunció ausencia de antijuridicidad y culpabilidad, al extremo que en la sentencia se alcanza a mencionar hasta la duda del dolo mismo de la conducta, lo que es totalmente improcedente frente a una petición anticipada de absolución por atipicidad objetiva y ostensible.

Esa postura jurídica vulneradora del debido proceso, lesiona en este caso los derechos de la víctima y así lo entendió la Corte en la providencia que se viene citando en extenso, cuando en caso similar, razonó:

“1. Es necesario señalar que aun cuando la Sala previo a abordar el recurso de apelación interpuesto contra el fallo absolutorio avocó competencia y ordenó el traslado a las partes para efectos de la sustentación, ahora, al examinar de fondo el asunto y advertir la manifiesta trasgresión de la garantía debida a la víctima, inherente

al debido proceso, se ve avocada a decretar la nulidad parcial de la actuación, solución extrema al no existir otra vía que remedie el yerro.

2. La medida planteada no se contrapone con la jurisprudencia trazada por la Sala en cuanto a que se debe privilegiar la absolución del procesado frente a aquellas fallas que comporten nulidad de la actuación, siempre y cuando no afecten los derechos de las partes, pues justamente, en el presente trámite están seriamente comprometidas en la decisión del juez de primera instancia las garantías debidas a las víctimas. Este es el pensamiento reciente de la Corte¹⁴...

(...)

El argumento no es distinto a que una sentencia definitiva, cualquiera sea el sentido de la misma, será válida en la medida en que haya sido respetuosa de las garantías debidas a todas las partes.

3. El proceso penal concebido por el legislador de la Ley 906 de 2004 es un escenario de controversia en el cual debe prevalecer la efectividad de los derechos fundamentales. El derecho al debido proceso constituye pilar fundamental de la actuación judicial, que de no observarse torna el proceso inconstitucional y obliga al juez que advierta tal irregularidad, a declarar la nulidad en procura de restablecer los derechos quebrantados.

4. De la actuación procesal consignada en los antecedentes de esta providencia se tiene que, concluida la práctica probatoria la defensa invocó al juez la figura de la absolución perentoria consagrada en el artículo 442 de la Ley 906 de 2004, que señala:

(...)

5. Dígase entonces, que la pretensión de interrumpir una parte fundamental del juicio por vía de esta especial absolución, sólo resulta posible cuando la atipicidad se predique sobre el aspecto objetivo del tipo, que no requiere de la valoración que se impone finalizado el juicio oral con el agotamiento de todas las fases que lo componen y con la participación de los sujetos procesales e intervinientes.

6. Sin embargo, el juez sobrepasó el marco permitido al abordar en esa sede el tipo subjetivo. La muestra es evidente¹⁵:

(...)

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, fallo de mayo 5 de 2010, radicación 30948

¹⁵ Cfr. folio 370 de la carpeta.

7. Y, es que, la literalidad e interpretación que corresponde al instituto en cita no permite conclusión distinta, luego su análisis se ceñía a establecer si la resolución cuestionada traslucía ruptura patente y grave con lo mandado por la ley; lo cual encontraba comprobación a través del simple cotejo entre la decisión y la norma(s) contenida(s) en las disposiciones aplicables al caso, sin desconocer el elemento normativo del tipo.

8. De ahí que la actuación adelantada por el juzgador constituye un defecto de garantía trascendente que truncó el desarrollo normal de la audiencia y le impidió al representante de las víctimas presentar sus respectivos alegatos para que el juez en la sentencia los valorara, pues la solicitud de absolución perentoria imposibilita la intervención de los sujetos procesales para clausurar el juicio.

9. La postura asumida por la Sala guarda perfecta armonía con los derechos de las víctimas consagrados en instrumentos internacionales¹⁶:

“... 3. La Corte permitirá, en las fases del juicio que considere conveniente, que se presenten y tengan en cuenta las opiniones y observaciones de las víctimas si se vieren afectados sus intereses personales y de una manera que no redunde en detrimento de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni sea incompatible con éstos. Los representantes legales de las víctimas podrán presentar dichas opiniones y observaciones cuando la Corte lo considere conveniente y de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba”.

Así como con la línea trazada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional ante el advenimiento de la Ley 906 de 2004, donde se destaca¹⁷:

“... Derechos de las víctimas a participar en el proceso penal, se encuentra ligado al respeto de la dignidad humana. Al tenor de lo dispuesto en el artículo primero de la Constitución, que dice que “Colombia es un Estado social de derecho fundado en el respeto de la dignidad humana”, las víctimas y los perjudicados por un hecho punible pueden exigir de los demás un trato acorde con su condición humana”.

Es por ello, que se impone su restablecimiento a través de la figura de la nulidad, la que se hará extensiva a partir del momento en que el juez adoptó tal determinación, conservando plena validez las pruebas.

¹⁶ Artículo 68 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

¹⁷ Cfr. sentencia C-228 del 3 de abril de 2002.

10. Esta determinación bien puede generar inconformismo por la pérdida de tiempo y de actividad judicial, sin embargo, es forzosa para la Corte pues no puede rehuir el deber oficioso de corregir las irregularidades sustanciales que afecten el proceso dentro del más estricto ceñimiento a la Constitución y a la ley”.

Si bien, en el caso que se analiza, el apoderado de la víctima hizo una intervención, que dicho sea no es audible en los registros que se remitieron a esta instancia, lo fue de cara a un trámite totalmente irregular, al permitírsele interponer recurso de reposición respecto a la decisión del juez de avalar la pretensión absolutoria de la fiscalía, lo que condujo a la alteración de las formas propias del juicio y cercenó la posibilidad de habilitar una verdadera controversia de fondo de cara a la culminación del juicio, donde se imponía para la Fiscalía acatar su deber de presentar sus alegatos conclusivos, pues los argumentos expuestos para petitionar absolución perentoria no hallaban ajuste en la descripción del art.442 el C.P.P., como tácitamente lo entendió el juez, sin que tomara los correctivos del caso, por el contrario avaló tan irregular proceder y justificó la emisión del fallo sin alegatos conclusivos con argumentos bastante cuestionables. Es más, ni siquiera se advirtió que fueron cuatro las personas acusadas y la pretensión del ente acusador los englobó, sin distinción alguna de cara a la alegada atipicidad objetiva.

Así las cosas, siguiendo el criterio jurisprudencial que se ha venido citando donde se destaca que *“la adecuación típica en su aspecto objetivo debe surgir de un simple cotejo de las determinaciones adoptadas y la ley, sin que se requiera acudir a “complejas elucubraciones o a elocuentes y refinadas interpretaciones¹⁸”, siendo este el marco al que estaba plegado el juez de la sentencia”*, dado que en sede de juicio oral, cuando las pruebas ya se han practicado y la discusión abarca valoración de tipo subjetivo era necesario realizar un análisis probatorio ajeno a la absolución perentoria invocada, en donde se atendiera el debate propuesto por los sujetos procesales, lo cual solo resultaba posible, una vez clausurado el juicio, con alegatos conclusivos frente a los cuatro acusados.

Al omitirse ello, se afectó el debido proceso y los derechos de la víctima, razón por la cual a voces del art. 457 de la ley 906 de 2004, habrá de declararse la nulidad de lo actuado a partir del momento en que el Juez declaró la absolución perentoria

¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Penal, sentencia de 4 de febrero de 2009, radicado 30542.

invocada por la Fiscalía, para que abra paso a los alegatos conclusivos y decida de fondo.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal, declara **la nulidad** de la actuación adelantada por el Juzgado 2 Penal del Circuito de Bello, en contra de Jonatan Rodríguez Osorio, Jaiber Alirio Hurtado Ramírez, Liliana María Osorio Montoya, y Carlos Enrique Rodríguez Ramos, a partir del momento en que el Juez declaró la absolución perentoria invocada por la Fiscalía, para que prosiga el juicio permitiendo los alegatos conclusivos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MARITZA DEL SOCORRO ORTIZ CASTRO
MAGISTRADA

CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO
MAGISTRADO

Ausente con justificación.
LUÍS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
MAGISTRADO