

Magistrado Ponente: FRANCISCO ANTONIO PASCUALES HERNÁNDEZ

Número de radicación: 13-001-60-01129-2018-02687-00 Rad Int. G7 0001 de 2021

Decisión: Revoca parcialmente sentencia.

Fecha de la decisión: 23 de abril de 2021.

Clase y/o subclase de proceso: EXTORSIÓN AGRAVADA EN GRADO DE TENTATIVA Y HURTO AGRAVADO

PLENA IDENTIFICACIÓN DEL PROCESADO/ Momento en que debe acreditarse.

CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA/PRINCIPIO DE CONGRUENCIA/

La Corte Suprema de justicia ha reiterado que, como forma de garantizar el principio de congruencia, las circunstancias de agravación punitiva deben aparecer imputadas fáctica y jurídicamente en la acusación, para que puedan ser objeto de valoración en el fallo. De lo contrario, se quebrantan las bases fundamentales del proceso y se vulnera el derecho de defensa, en tanto el procesado no puede ser sorprendido con imputaciones que no fueron incluidas en la acusación, ni se le pueden desconocer aquellas condiciones favorables que redunden en la determinación de la pena.

DELITO DE EXTORSIÓN EN GRADO DE TENTATIVA/El constreñimiento es dentro

del tipo penal de la extorsión un elemento fundamental para que se pueda dar el tipo en forma consumada, de suerte que solo se atentará contra la libertad de determinación de la víctima cuando se le constriñe en forma efectiva, mientras que si no se logra que el sujeto pasivo realice la conducta de hacer, no hacer o tolerar en provecho del agente, el cometido ilícito queda en el terreno de la tentativa.

LIBERTAD PROBATORIA/Aplicación

FUENTE FORMAL/ Numeral 1ª del art 288 y artículo 373 del C.P.P., artículo 27, 244 y 268 del C.P;

FUENTE JURISPRUDENCIAL/ CSJ, AP2140-2015. Radicación N° 45753; CSJ SP2896-2020. Radicación n° 53596; auto del 20 de abril de 2005. Radicado 23.424.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE CARTAGENA
SALA PENAL DE DECISIÓN**

MAGISTRADO PONENTE: FRANCISCO ANTONIO PASCUALES HERNÁNDEZ

Radicación:	13-001-60-01129-2018-02687-00 Rad Int. G7 0001 de 2021
Procedencia:	Juzgado Trece Penal Municipal de Cartagena
Procesado:	José Gregorio Peroza Fernández
Delitos:	Extorsión agravada en grado de tentativa y hurto agravado.
Decisión:	Confirmar parcialmente

APROBADO POR ACTA No. 068

Cartagena, veintitrés (23) de abril de dos mil veintiuno (2021).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decidir el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia proferida por el Juzgado Trece Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Cartagena el día 2 de diciembre de 2020, mediante la cual se condenó al señor José Gregorio Peroza Fernández, a las penas principales de ochenta (80) meses de prisión y multa de mil quinientos (1500) S.M.M.L.V., y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, al hallarlo culpable del delito de extorsión agravada en grado tentativa. Igualmente, al tiempo que absolvió al procesado del punible de hurto agravado.

II. SINTESIS DE LOS HECHOS

El día 12 de agosto del año 2018, el ciudadano argentino Christian Franke recibió varias llamadas telefónicas en las cuales un individuo de origen venezolano de nombre José Gregorio Peroza Fernández, alias “Magaber”, le exigió el pago de la suma de \$400.000,

Radicación: 13-001-60-01129-2018-02687-00
Rad Int. G7 0001 de 2021
Procedencia: Juzgado Trece Penal Municipal de Cartagena
Procesado: José Gregorio Peroza Fernández
Delitos: Extorsión agravada en grado de tentativa y hurto agravado.
Decisión: Revocar parcialmente

a cambio de devolverle los documentos de su vehículo marca Mitsubishi montero, modelo 1997, licencia de conducción, SOAT, revisión tecno- mecánica, tarjeta de ingreso al parqueadero Getsemaní y el estéreo del panel frontal de su vehículo, elementos estos que le había sustraído en horas de la mañana de ese mismo día.

El señor Peroza Fernández acordó con la víctima la entrega de sus pertenencias en el Centro Comercial Caribe Plaza de esta ciudad, donde el grupo Gaula de la Policía Nacional llevó a cabo el operativo “plan entrega” aproximadamente a las 5:30 pm de ese día, en cercanías de la entrada principal del centro comercial, por la entrada del sector San Andresito, lugar donde se efectuó la captura del actor después de que la víctima le entregara la suma acordada.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

1. Radicado el escrito de acusación, el conocimiento de la actuación correspondió al Juzgado Trece Penal del Circuito de Cartagena, en cuya sede, el día 5 de diciembre de 2019, se llevó a cabo audiencia de formulación de acusación por los mismos delitos por los cuales se hizo la imputación de cargos.

2. El día veintitrés (23) de junio del año 2020 se realizó la audiencia preparatoria de forma virtual y se fijó fecha para la celebración de la audiencia de juicio oral.

3. El juicio oral se llevó a cabo los días 15 de Julio de 2020 y 23 de octubre de 2020, en esta última sesión se anunció el sentido del fallo, el cual sería de carácter condenatorio frente al delito de extorsión agravada en grado de tentativa y absolutorio por el delito de hurto agravado.

4. Luego de dos audiencias fallidas, el día 02 de diciembre de 2020 se realizó audiencia de lectura de sentido del fallo, en la cual se absolvió al procesado por el delito de hurto

Radicación: 13-001-60-01129-2018-02687-00
Rad Int. G7 0001 de 2021
Procedencia: Juzgado Trece Penal Municipal de Cartagena
Procesado: José Gregorio Peroza Fernández
Delitos: Extorsión agravada en grado de tentativa y hurto agravado.
Decisión: Revocar parcialmente

agravado y se le condenó como autor del delito de extorsión agravada en grado tentado, a las penas principales de ochenta (80) meses de prisión y multa de 1500 S.M.L.M.V, a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal, y no se le concedió ningún beneficio ni subrogado.

5. Una vez enterado de dicha decisión, el defensor interpuso recurso de apelación, el cual sustentó de manera escrita, dentro de los cinco días siguientes luego de proferido el fallo.

IV. DE LA APELACIÓN

La defensa del señor José Gregorio Peroza Fernández solicitó se revoque el fallo de primera instancia, bajo el argumento de que no se valoraron correctamente las pruebas practicadas. Al respecto, precisó que el procesado; de nacionalidad venezolana, nunca fue plenamente identificado al interior del proceso, pues el cupo numérico de la cédula de ciudadanía corresponde a la de otra persona en el sistema de la Registraduría Nacional del Estado Civil Colombiano.

Así mismo, se quejó de que la Fiscalía no adelantó las actividades necesarias para identificar a su asistido, tales como acudir a la Registraduría del Estado Civil Venezolano, al Ministerio de Relaciones Exteriores o al Consulado del vecino país, para certificar la identificación del ciudadano venezolano José Gregorio Peroza Fernández.

De otro lado, la defensa argumentó que no se probó ni se explicó en el fallo de primera instancia la existencia del delito de extorsión, ni en grado de tentativa, y mucho menos agravado por la confianza, pues con el actuar que se le atribuye al procesado no se doblegó la voluntad de la víctima para que esta entregara el dinero que le era requerido, y tampoco hubo amenazas en su contra, familiares de este o sus bienes. Añadió que la

Radicación: 13-001-60-01129-2018-02687-00
Rad Int. G7 0001 de 2021
Procedencia: Juzgado Trece Penal Municipal de Cartagena
Procesado: José Gregorio Peroza Fernández
Delitos: Extorsión agravada en grado de tentativa y hurto agravado.
Decisión: Revocar parcialmente

víctima, contrario a verse constreñida o afectada en su libre albedrío, no se dejó intimidar y buscó ayuda policial.

Por último, el apelante reclamó que en este caso no se presentaron pruebas como un video o grabación de la operación realizada del momento de la entrega del dinero, recibo de documentos y captura del procesado.

V. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. Provee la Sala en relación con el recurso de apelación puesto a su consideración, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 179 de la ley 906 de 2004, dentro de los límites de su competencia.

2. Como quiera que frente al punible de hurto agravado el a quo profirió decisión absolutoria, tras considerar que la conducta se encontraba subsumida en la de extorsión agravada en grado de tentativa, la defensa en su apelación solo se ocupó de controvertir los fundamentos de la condena por este último delito.

En ese propósito, el apelante hizo consistir su disenso con el fallo de primer instancia en tres puntos fundamentales: i) la falta de plena identificación del procesado, ii) atipicidad del delito de extorsión agravada en grado de tentativa, y iii) falta de pruebas sobre el operativo de "plan entrega".

2.1. Plena identificación del procesado: momento en que debe acreditarse.

Sobre la plena identificación del procesado, debe precisar la Sala que la misma viene dada desde los albores de la investigación, porque la "individualización e identificación" del señor José Gregorio Peroza Fernández fue un aspecto objeto de verificación por parte del juez de control de garantías que presidió la audiencia de formulación de

Radicación: 13-001-60-01129-2018-02687-00
Rad Int. G7 0001 de 2021
Procedencia: Juzgado Trece Penal Municipal de Cartagena
Procesado: José Gregorio Peroza Fernández
Delitos: Extorsión agravada en grado de tentativa y hurto agravado.
Decisión: Revocar parcialmente

imputación, el cual, debe velar porque el acto cumpla con las formalidades legales, entre las cuales, se encuentra la identificación del procesado (numeral 1ª del art 288 del C.P.P.).

Al respecto, la H. Corte Suprema en Sala de Casación Penal ha sido enfática en señalar que la individualización e identificación del procesado no es un tópico que deba esperar a ser objeto de demostración en la audiencia de juicio oral, sino que la Fiscalía desde el inicio de la investigación debe esclarecer estos supuestos a fin de evitar errores judiciales:

"En efecto, si bien es cierto que el artículo 128 del Código de Procedimiento Penal del 2004 consagra la obligación para la Fiscalía de "verificar la correcta identificación o individualización del imputado, a fin de prevenir errores judiciales", también lo es que dicha exigencia debe cumplirla desde que inicia investigación.

Lo anterior, porque sólo una vez obtenida la debida individualización o identificación del indiciado, puede acudir ante el juez de control de garantías para proponer la realización de algunas audiencias preliminares que así lo demandan.

Una de ellas es la de formulación de imputación, regulada en los artículos 286 y ss. de la Ley 906 de 2004, y que en su artículo 288 exige directamente al fiscal que exprese oralmente la "individualización concreta del imputado, incluyendo su nombre, los datos que sirvan para identificarlo y el domicilio de citaciones".

Lo dicho quiere significar que un presupuesto ineludible para llevar a cabo la diligencia previa de imputación, es que el investigado esté debidamente individualizado e identificado, pues, en caso contrario, el acto en mención no podría llevarse a cabo, ni mucho menos ser avalado por parte del juez de control de garantías.¹

Corolario de lo anterior, se tiene que todo debate en torno a la plena identificación del procesado constituía un tópico superado para el momento de la realización del juicio oral, de suerte que no tiene por qué ser objeto de prueba ni mucho menos constituir un

¹ CSJ, AP2140-2015. Radicación N° 45753.

Radicación: 13-001-60-01129-2018-02687-00
Rad Int. G7 0001 de 2021
Procedencia: Juzgado Trece Penal Municipal de Cartagena
Procesado: José Gregorio Peroza Fernández
Delitos: Extorsión agravada en grado de tentativa y hurto agravado.
Decisión: Revocar parcialmente

aspecto en que se pueda cimentar cuestionamiento en torno a la responsabilidad del procesado.

Ahora bien, si lo que cuestiona la defensa es el no adelantamiento por parte de la Fiscalía de los trámites tendientes a otorgar una identificación colombiana al procesado, en atención a su condición de extranjero no regularizado, debe la Sala señalar que esa situación constituye un aspecto meramente administrativo, de derecho migratorio, que escapa al tema ventilado dentro del proceso penal y debe resolverse ante las autoridades competentes en esa materia.

2.2. Incongruencia fáctica de la sentencia que condena por agravante no incluida en la acusación.

En el caso que concita la atención de la Sala se advierte que en el escrito de acusación, al cual se dio lectura en audiencia de acusación celebrada el día 5 de diciembre de 2019, sin que se le realizara modificación alguna en cuanto a los hechos jurídicamente relevantes, la Fiscalía expresó que la conducta atribuida a José Gregorio Peroza Fernández se tipificaba en los 230 y 231 del Código Penal – hurto agravado, y en los artículos 244, 245 numeral 1º y 27 Ibídem - extorsión agravada en grado de tentativa, con fundamento en lo siguiente:

“El día 12 de agosto del presente año 2018 siendo las 14:30 de la tarde personal adscrito al cai de manga la policía metropolitana de Cartagena, ubicado en el barrio manga, se comunicó con la línea 165 del GAULA bolívar informando que en las instalaciones de esa unidad se encontraba el señor de nacionalidad argentina, CHRISTIAN FRANKE, identificado con número de cedula de extranjería no. 467714, que manifestaba que en las horas de la mañana del mismo día 12 de agosto le habían hurtado los documentos de su vehículo marca Mitsubishi montero, modelo 1997, placas GNG-157, en los cuales se en contra su licencia de tránsito, soat, revisión tecno- mecánica y tarjeta de ingreso del parqueadero Getsemani, además de la licencia de conducción y el frontal de pasacintas. Teniendo en cuenta la información suministrada por parte del policía del cai de manga se trasladaron hasta el lugar donde se encontraba el ciudadano de nacionalidad argentina, llegando al lugar efectivamente

Radicación: 13-001-60-01129-2018-02687-00
Rad Int. G7 0001 de 2021
Procedencia: Juzgado Trece Penal Municipal de Cartagena
Procesado: José Gregorio Peroza Fernández
Delitos: Extorsión agravada en grado de tentativa y hurto agravado.
Decisión: Revocar parcialmente

se encontraba un particular quien en el momento en el que el funcionario de la policía se identificó y entrevistó, la víctima le expresa de que estaba siendo víctima de exigencias económicas por parte de un sujeto de apodo MAGABER, este sujeto era el que le había hurtado sus documentos personales y posterior a eso se comunicó mediante llamadas telefónicas desde el número 3126516183 con el ciudadano de nacionalidad argentina para pedirle dinero a cambio de sus documentos este sujeto de apodo MAGABER le manifiesta a el señor Christian franke que si quería que le devolviera sus documentos tenía que darle la suma de cuatrocientos mil pesos \$400.000 si no que se olvidara de sus documentos, para ello lo cita en primera instancia en el hotel residencial Basurto y luego al hospedaje la dorada en el mismo Basurto, lo cual la víctima por recomendación de algunas amistades tomo la decisión de no ir a esos lugares ya que era día domingo y todo estaría más solo y podía correr peligro o podían hurtarlo de nuevo por lo que tomo la decisión de denunciar estos hecho ante las autoridades competentes en este caso el GAULA comentó a darle las respectivas indicaciones y las asesorías sobre el caso en cuestión de manera inmediata, debido a dichas indicaciones por parte de las autoridades la víctima llega a un acuerdo con el victimario de encontrarse en el centro comercial CARIBE PLAZA por el sector de los cajeros de Bancolombia para entregarle el dinero exigido para poder recuperar sus elementos personales.

De inmediato el señor comandante del GAULA Bolívar, ordenó el desplazamiento de varias unidades, hasta el lugar indicado, ósea el centro comercial CARIBE PLAZA por el sector de los cajeros de Bancolombia por la vía del laguito, lugar donde tenía que entregar dicha suma de dinero, se le dio las respectivas asesorías con el fin de llevar a cabo un operativo antiextorsión "PLAN ENTREGA" de esta ciudad, contando con el consentimiento de la víctima, dejando constancia del dinero aportado por la víctima mediante acta, con el fin de proteger su patrimonio económico. Una vez se encontraba la víctima en el lugar acordado, siendo las 17:00 horas el señor CRHISTIAN FRANKE recibe una llamada por parte del victimario de apodo MAGABER y este le dice que se encuentra en la entrada principal del centro comercial por la entrada de SAN ANDRASITO y que allí lo estaba esperando para que le hiciera entrega del dinero. Siendo las 17:30 después del que la víctima le hiciera entrega del dinero a el victimario producto de la extorsión se procedió de forma inmediata a la captura del presunto extorsionista, quien al ver la presencia de las unidades del GAULA en chaqueta y gorra de la especialidad, de forma desesperada comienza a gritar e insultar a los funcionarios lo cual fue necesario reducirlo para esposarlo y manifestaba de que el no había hecho nada y de que todo era mentira, siendo el victimario de nombre JOSE GREGORIO PEROZA FERNANDEZ de cedula 19165695 de Acarigua (portuguesa) Venezuela, fue capturado en flagrancia por el patrullero HERMES VILLAMIZAR ORTEGA, y en su poder se encontraron los documentos de la víctima y los \$400.000 la suma de dinero que le acababan de entregar.

Esta situación fáctica constituye el delito de HURTO AGRAVADO consagrado en el art. 239 y 231 de nuestro ordenamiento penal numeral 1 y en concurso heterogéneo con EXTORSION AGRAVADA, consagrada en el Código Penal, Libro II, Título VII, capítulo II, Artículos 244 Y

Radicación: 13-001-60-01129-2018-02687-00
Rad Int. G7 0001 de 2021
Procedencia: Juzgado Trece Penal Municipal de Cartagena
Procesado: José Gregorio Peroza Fernández
Delitos: Extorsión agravada en grado de tentativa y hurto agravado.
Decisión: Revocar parcialmente

*245 numeral 1, modificado por la ley 733 de 2002 artículos 5 y 6 respectivamente, cuya pena es ciento noventa y dos (192) a doscientos ochenta y ocho (288) meses de prisión, y multa de ochocientos (800) a mil ochocientos (1800) salarios mínimos legales mensuales vigentes, aumentada hasta en una tercer 1/3 parte, por las circunstancias de agravación punitiva, y en modalidad TENTADA (ART 27 c.p.), se le ACUSA con probabilidad de verdad, a título de AUTOR y de DOLO al señor **JOSE GREGORIO PEROZA FERNANDEZ, identificado con C.E. N° 19165695.**" (Transcrito del escrito de acusación).*

Así las cosas, el fiscal, en la audiencia de formulación de acusación, le atribuyó al señor José Gregoria Peroza Fernández, la circunstancia de agravación punitiva del delito de extorsión prevista en el numeral 1º del artículo 245 del Código Penal, sin señalar específicamente cuál de las dos situaciones que recoge dicha norma era la que le enrostraba al implicado, esto es, i) si se ejecuta la conducta respecto de pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil, sobre cónyuge o compañera o compañero permanente, o ii) aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor o en alguno o algunos de los partícipes. Y, tampoco concretó cuáles fueron los hechos que podían adecuarse a una de las hipótesis referidas.

Ante la indeterminación jurídica de la específica circunstancia de agravación punitiva endilgada a José Gregorio Peroza Fernández, y la ausencia de fundamento fáctico que respaldara la atribución jurídica, no podía el juez deducirla en el fallo, como ocurrió en el presente asunto.

En efecto, el juez de primera instancia condenó al procesado como autor responsable del delito de extorsión agravada en grado de tentativa, y, sobre la circunstancia de agravación punitiva aseveró lo siguiente:

"El comportamiento del enjuiciado es de gran relevancia social, pues este se aprovechó de la confianza que la víctima había depositado en él, toda vez que lo conocía de trato, por lo que le permitió subir a su vehículo, de donde este sustrajo documentos del mismo y panel del estero para posteriormente hacerle un exigencia económica..."

Radicación: 13-001-60-01129-2018-02687-00
Rad Int. G7 0001 de 2021
Procedencia: Juzgado Trece Penal Municipal de Cartagena
Procesado: José Gregorio Peroza Fernández
Delitos: Extorsión agravada en grado de tentativa y hurto agravado.
Decisión: Revocar parcialmente

Lo que se observa entonces es que el a quo le atribuyó al procesado haberse aprovechado de la confianza depositada por la víctima para cometer el delito de extorsión, sin embargo, esta circunstancia se fundamentó en hechos que no fueron imputados fácticamente en la audiencia de acusación, esto es, que la víctima había autorizado al procesado a subir a su vehículo debido a que lo conocía de trato, y una vez adentro del rodante, este sustrajo los documentos del mismo para posteriormente hacerle una exigencia económica a su propietario.

Con ello, el juez de primera instancia vulneró el principio de congruencia y contradicción, en tanto que le estaba vedado deducir del debate probatorio la circunstancia de agravación punitiva prevista en el numeral 1º del artículo 245 del Código Penal, como en efecto lo hizo, como quiera que la misma no le fue atribuida al procesado fácticamente en la audiencia de formulación de acusación, sino que la extrajo de lo narrado por la víctima al momento de rendir su testimonio.

Al respecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de justicia ha reiterado que, como forma de garantizar el principio de congruencia, las circunstancias de agravación punitiva deben aparecer imputadas fáctica y jurídicamente en la acusación, para que puedan ser objeto de valoración en el fallo. De lo contrario, se quebrantan las bases fundamentales del proceso y se vulnera el derecho de defensa, en tanto el procesado no puede ser sorprendido con imputaciones que no fueron incluidas en la acusación, ni se le pueden desconocer aquellas condiciones favorables que redunden en la determinación de la pena (CSJ SP1575-2020 , rad. 50312, CSJ SP3379-2018, rad. 50890, CSJ 14206-2016, rad. 47209, CSJ SP317-2018, rad. 50264, CSJ SP, 18 dic 2013 rad. 41734; CSJ SP, rad, 28 jul 2006, rad. 25648; CSJ SP44-2018, rad. 50105, entre otras):

“En todo caso, no basta con que en la acusación y en la sentencia se indique con precisión el fundamento normativo de la circunstancia de agravación (una de las cuatro modalidades

Radicación: 13-001-60-01129-2018-02687-00
Rad Int. G7 0001 de 2021
Procedencia: Juzgado Trece Penal Municipal de Cartagena
Procesado: José Gregorio Peroza Fernández
Delitos: Extorsión agravada en grado de tentativa y hurto agravado.
Decisión: Revocar parcialmente

atrás descritas). Es imperioso que en la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes de la acusación, y en los hechos declarados en la sentencia, se incluyan los aspectos que encajan en cada uno de los elementos estructurales de la causal elegida.

Lo anterior es imperativo en la acusación, entre otras cosas porque: (i) el procesado tiene derecho a conocer los hechos por los que es llamado a responder penalmente, para la adecuada preparación de su defensa; (ii) los hechos jurídicamente relevantes incluidos en la acusación determinan muchas de las decisiones que deben tomarse a lo largo del proceso, entre ellas, las atinentes a la pertinencia de las pruebas solicitadas por las partes; y (iii) los hechos de la acusación delimitan el marco decisional del juez, en virtud del principio de congruencia.

Y también lo es en la sentencia, por diversas razones, entre las que se destacan: (i) la misma debe contener una explicación clara de las premisas fáctica y jurídica de la decisión, de lo que depende en buena medida su legitimidad; y (ii) es un requisito indispensable para que el procesado pueda ejercer la contradicción, a través de los recursos procedentes.

Finalmente, los referentes fácticos de cada uno de los elementos estructurales de la causal de agravación se integran al tema de prueba, y su demostración, en el estándar dispuesto para la condena (art. 381 de la Ley 906 de 2004), corre a cargo de la Fiscalía General de la Nación. Lo anterior es así, entre otras cosas porque: (i) las circunstancias de agravación conllevan consecuencias punitivas considerables; (ii) frente a ellas, así como frente al delito base, el procesado goza de la presunción de inocencia; y (iii) es una consecuencia inherente al sistema de tendencia acusatoria, que radica en la Fiscalía la carga de demostrar los presupuestos factuales de la condena.”²

En consecuencia, de no prosperar los demás fundamentos de la apelación de la defensa, en aras de restablecer las garantías del procesado, la Sala revocará parcialmente el fallo apelado, en el sentido de retirar de la calificación jurídica definitiva la agravante contemplada en el numeral 1º del artículo 245 del Código Penal, decisión que impone redosificar la sanción, para lo cual deben acogerse irrestrictamente los lineamientos fijados por la primera instancia.

Cabe precisar que la anterior solución, adoptada oficiosamente por la Sala a efectos de salir en resguardo de una garantía fundamental del procesado, es la misma que ha implementado la Corte en casos donde, al igual que en el presente, se profirió sentencia

² CSJ SP2896-2020. Radicación n° 53596

Radicación: 13-001-60-01129-2018-02687-00
Rad Int. G7 0001 de 2021
Procedencia: Juzgado Trece Penal Municipal de Cartagena
Procesado: José Gregorio Peroza Fernández
Delitos: Extorsión agravada en grado de tentativa y hurto agravado.
Decisión: Revocar parcialmente

condenatoria con violación del principio de congruencia respecto a una causal de agravación punitiva específica³.

2.3. Del delito de extorsión en grado de tentativa.

Para resolver los reproches de la defensa atinentes a la materialidad del delito de extorsión en grado de tentativa, primero debe la Sala traer a colación algunos apuntes en torno a los elementos del tipo penal, para luego, de ahí analizar el alcance de las pruebas practicadas frente a la tesis defensiva según la cual el mismo no se configura porque: i) con la conducta desplegada por el procesado no se doblegó de la voluntad de la víctima, para que esta accediera a las exigencias económicas, ii) el sujeto activo no hizo amenazas en contra de la víctima, familiares de este o sus bienes, y ii) la víctima, contrario a verse constreñida o afectada en su libre albedrío, no se dejó intimidar y buscó ayuda policial.

En ese cometido, conviene recordar que la Honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal mediante sentencia del dos (2) de septiembre de 2008, refirió que el delito de extorsión *“se caracteriza por la fuerza compulsiva desplegada por el delincuente que lleva a su víctima a doblegar su querer y a cumplir con una exigencia, no porque (sic) su voluntad así libremente se imponga, sino por el hecho de que la consternación, la zozobra, el miedo, el temor, entre otros presupuestos, lo llevan a actuar tal como se lo piden”*⁴.

En efecto, el verbo rector de la aludida conducta: constreñir, consistente en *“obligar, precisar, compeler por fuerza a alguien a que haga y ejecute algo”*⁵ y el constreñimiento, entendido como el *“apremio y compulsión que se hace a alguien para que ejecute algo”*⁶,

³ *Ibidem*.

⁴ Ver auto del 20 de abril de 2005. Radicado 23.424.

⁵ Definición de la Real Academia Española.

⁶ *Ibidem*.

Radicación: 13-001-60-01129-2018-02687-00
Rad Int. G7 0001 de 2021
Procedencia: Juzgado Trece Penal Municipal de Cartagena
Procesado: José Gregorio Peroza Fernández
Delitos: Extorsión agravada en grado de tentativa y hurto agravado.
Decisión: Revocar parcialmente

implica el quebranto coercitivo de la voluntad del sujeto pasivo a fin de que haga, tolere u omita una cosa, para obtener provecho ilícito en favor del sujeto activo o de un tercero.”

En ese orden, el constreñimiento es dentro del tipo penal de la extorsión un elemento fundamental para que se pueda dar el tipo en forma consumada, de suerte que solo se atentará contra la libertad de determinación de la víctima cuando se le constriñe en forma efectiva, mientras que si no se logra que el sujeto pasivo realice la conducta de hacer, no hacer o tolerar en provecho del agente, el cometido ilícito queda en el terreno de la tentativa.

Precisamente la tentativa, como dispositivo amplificador de la conducta punible, permite tipificar como delito aquellas conductas cuya ejecución se inició mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, pero que no se produce por circunstancias ajenas a la voluntad del agente (art. 27 del C.P.). Este fenómeno se verifica en el caso del delito de extorsión cuando no se logra el hacer, tolerar u omitir aquello que el sujeto busca, tras doblegar la voluntad de la víctima, con la finalidad de obtener que haya un desplazamiento de carácter patrimonial, por la acción de la misma víctima, quien en últimas se ve obligada a actuar en defensa de un derecho propio.

De lo anterior, se deriva que la queja del apelante en punto a que en el fallo de primera instancia no se observó que la víctima realmente no se vio constreñida por la acción del procesado porque en lugar de acceder a sus exigencias acudió al amparo policial, no tiene asidero en algún defecto de motivación del fallo, sino que el desacuerdo de la defensa se funda en su errónea interpretación sobre la procedencia de la figura de la tentativa en el delito de extorsión.

En este caso, es claro que la consumación del delito de extorsión se vio frustrada por un evento ajeno a la voluntad del agente, esto es, la acción de la víctima quien pese a

Radicación: 13-001-60-01129-2018-02687-00
Rad Int. G7 0001 de 2021
Procedencia: Juzgado Trece Penal Municipal de Cartagena
Procesado: José Gregorio Peroza Fernández
Delitos: Extorsión agravada en grado de tentativa y hurto agravado.
Decisión: Revocar parcialmente

sentir el temor natural de verse expuesta a la pérdida de sus documentos, los cuales debe llevar consigo mientras esté en nuestro país para no ser sujeto a ninguna sanción por parte de las autoridades administrativas de tránsito y transporte, y por el menoscabo de su patrimonio que suponía el tener que adelantar el trámite para expedirlos nuevamente, no se dejó vencer, no claudicó y decidió comunicar lo que estaba sucediendo ante la policía.

La extorsión quedó, por tanto, en el grado de tentativa como quiera que se frustró el propósito del sujeto activo de obtener un provecho lucrativo ilícito a costas de la víctima constreñida.

Ahora, una vez aclarado lo anterior, debe la Sala dar respuesta al planteamiento de la defensa según el cual *“Es claro el Juzgador cuando dice “PEROZA FERNANDEZ constriñó al señor CHRISTIAN FRANKIE, con el fin de que le diera la suma de cuatrocientos mil pesos, a cambio de la devolución de unos documentos del vehículo...”. En el evento de que fuera cierto este dicho, tendríamos que la exigencia es una recompensa por la devolución de unos documentos y no configura el delito de extorsión...”*

En otras palabras, a juicio del defensor la conducta desplegada por el señor José Gregorio Peroza Fernández es atípica frente al delito de extorsión por cuanto su asistido solo buscaba una recompensa a cambio de devolver unos documentos.

Sobre el particular considera la Sala que la realización de llamadas telefónicas a la víctima para exigir una suma de dinero a cambio de devolverle no solo unos documentos de un vehículo de su propiedad sino que además de un objeto parte integrante del pasacintas del mismo, comporta un atentado real a su libre determinación y patrimonio económico, por las razones que se aducen a continuación.

Radicación: 13-001-60-01129-2018-02687-00
Rad Int. G7 0001 de 2021
Procedencia: Juzgado Trece Penal Municipal de Cartagena
Procesado: José Gregorio Peroza Fernández
Delitos: Extorsión agravada en grado de tentativa y hurto agravado.
Decisión: Revocar parcialmente

Atendiendo al principio constitucional de solidaridad y acatamiento de las normas de convivencia social, lo que se espera de un ciudadano que se encuentra unos documentos o pertenencias de otra persona es que los devuelva sin hacer exigencia alguna. Pero ello no fue lo sucedido en este caso, pues de entrada debe apuntarse a que el procesado no solo se encontró los objetos en cuestión sino que los sustrajo con el propósito de obtener una compensación económica por su devolución, lo que descarta cualquier propósito loable en sus acciones.

También yerra la defensa al exigir que el medio de constreñimiento de que habla el delito de extorsión deba consistir necesariamente en una amenaza a la vida o integridad física del sujeto pasivo, sus familiares o detrimento a sus bienes, pues lo importante es que se menoscabe la autodeterminación de la víctima, como en este caso sucedió, pues se encontró en el predicamento de acceder a la exigencia monetaria realizada por el procesado (\$400.000) o dar por perdidos sus documentos y tener que realizar el trámite para la obtención de los mismos, con el respectivo desgaste de tiempo y de dinero que ello acarrea, y soportar entretanto las dificultades que naturalmente implica el no poder transitar en su vehículo por la falta de los documentos correspondientes.

2.4. Acreditación del operativo policial antiextorsión “Plan Entrega”. Libertad probatoria.

Por último, la defensa cuestionó que se diera por probado todo los eventos ocurridos en el marco del plan entrega, sin que se incorporara como prueba del mismo el video o grabación de dicha operación.

Sobre ello, se debe recordar que en nuestro Sistema Procesal impera el principio de Libertad Probatoria, en contraposición a la llamada “tarifa legal”, por cuya consecuencia,

Radicación: 13-001-60-01129-2018-02687-00
Rad Int. G7 0001 de 2021
Procedencia: Juzgado Trece Penal Municipal de Cartagena
Procesado: José Gregorio Peroza Fernández
Delitos: Extorsión agravada en grado de tentativa y hurto agravado.
Decisión: Revocar parcialmente

como lo consagra el artículo 373 de la Ley 906 de 2004, regulatoria del asunto: *“Los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos”*.

Bajo esta concepción legal, que desde luego sigue las pautas acogidas en nuestro sistema penal desde años atrás, es claro que ni los sujetos procesales están atados por determinado medio para hacer valer sus pretensiones, ni el funcionario judicial puede exigir de una específica actividad probatoria para fundar su decisión, en el entendido que al conocimiento necesario para llegar al convencimiento de lo ocurrido y consecuente participación del acusado se puede llegar por múltiples caminos, siempre que ellos se traduzcan, como exige la ley, en prueba legal, regular y oportunamente aportada al proceso.

Así mismo, si la parte ha presentado prueba pertinente y conducente encaminada a verificar el objeto central del debate o uno de los accesorios inherentes al mismo, es obligación del funcionario judicial examinarlos para verificar la credibilidad que comportan, sin que sea de su resorte, porque la ley no lo permite, dada la consagración del sistema de libertad probatoria, omitir su examen sólo porque no se compadecen con el tipo de prueba que él estima única o necesaria para el caso concreto.

En ese sentido, observa esta Colegiatura que el juzgador de primera Instancia tuvo como medios de convicción para proferir el fallo objeto de impugnación el testimonio del señor Elmer Villamizar Ortega, funcionario del Guala- Policía Judicial, quien indicó haber estado presente en el procedimiento del señor José Gregorio Peroza Fernández, en ese momento sospechoso victimario del ciudadano argentino Christian Franke, a quien de manera engañosa le sustrajo de su vehículo unas pertenencias, para

Radicación: 13-001-60-01129-2018-02687-00
Rad Int. G7 0001 de 2021
Procedencia: Juzgado Trece Penal Municipal de Cartagena
Procesado: José Gregorio Peroza Fernández
Delitos: Extorsión agravada en grado de tentativa y hurto agravado.
Decisión: Revocar parcialmente

posteriormente hacerle llamadas amenazantes exigiéndole dinero como condición de la devolución.

Explicó el testigo que debido a lo narrado por el ciudadano argentino se le hicieron las recomendaciones de seguridad pertinentes y se diseñó un plan antiextorsión, en cuya ejecución el victimario citó a la víctima para que le hiciera la entrega del dinero exigido, se llegó a un acuerdo en cuanto al monto del dinero, hora y lugar de la cita, al cual la víctima accedió a ir acompañado por agentes del Gula de la Policía Nacional.

Fue así como el día 12 de agosto de 2018, siendo aproximadamente las 17:30 horas, cerca de la puerta principal del centro comercial Caribe Plaza, después de que la víctima entregara el dinero acordado, se logró la captura del señor José Gregorio Peroza Fernández, a quien se le incautaron los documentos de la víctima y el dinero que esta le acababa de entregar, siendo el deponente testigo directo de ello, además de haber evitado la consumación del reato objeto de juzgamiento.

En igual sentido se recibió el testimonio del señor Christian Franke, víctima dentro del proceso, quien estuvo presente en el procedimiento de captura del señor José Gregorio Peroza Fernández, e indicó que posterior a la sustracción de los elementos de su vehículo, el señor Peroza se comunicó con él para exigirle la suma de \$400.000 a cambio de la devolución de sus pertenencias. Luego, informó de lo sucedido al Gula, quienes llevaron a cabo el operativo antiextorsión, cuyo desarrollo y desenlace describió en su testimonio de la misma forma que el testigo Elmer Villamizar Ortega.

Aunado a ello, el deponente identificó en la audiencia de juicio oral a José Gregorio Peroza Fernández, como la persona victimaria en los hechos reseñados.

La Sala aprecia coherencia en dichas declaraciones en torno al desarrollo de los aspectos fundamentales del suceso, demostrándose la existencia del delito y la

Radicación: 13-001-60-01129-2018-02687-00
Rad Int. G7 0001 de 2021
Procedencia: Juzgado Trece Penal Municipal de Cartagena
Procesado: José Gregorio Peroza Fernández
Delitos: Extorsión agravada en grado de tentativa y hurto agravado.
Decisión: Revocar parcialmente

responsabilidad del procesado en este, pues los testigos coinciden en afirmar que el operativo se llevó a cabo en inmediaciones del centro comercial Caribe Plaza, con el fin de capturar en flagrancia al responsable de las referidas amenazas, luego de que ese mismo día sustrajera unos elementos del vehículo del señor Christian Franke y llamara de forma amenazante a pedir dinero a cambio de entregarlos.

De ese modo, contrario a advertirse una insuficiencia probatoria en cuanto a los eventos que se desarrollaron durante la ejecución del “plan entrega”, la Sala considera que los mismos vienen acreditados con los testimonios del funcionario del Gaula que compareció al juicio y el dela víctima misma, de suerte que no se echa de menos actividad probatoria adicional, ni mucho menos prueba específica consistente en un video del operativo, cuando los testigos suministraron abundantes detalles sobre el desenvolvimiento del mismo.

Así las cosas, frente a los ataques contra el fallo proferido por el Juzgado Trece Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Cartagena, encuentra esta Sala que ninguna de las situaciones alegadas tiene la entidad suficiente para mutar la decisión emanada de dicho despacho judicial, encontrando ajustado a nuestro ordenamiento jurídico penal, la valoración que de las pruebas hizo en su decisión, por lo que esta Sala solo revocará lo atinente a la circunstancia de agravación punitiva del delito de extorsión, con la correspondiente modificación de las penas impuestas, y el resto de la decisión se mantendrá incólume.

3. Redosificación punitiva.

Conforme se había anunciado en precedencia, para realizar la dosificación punitiva del delito de extorsión en grado de tentativa sin el aumento por la causal de agravación contenida en el art. 245 del C.P., numeral 1º, la Sala mantendrá los mismos parámetros

Radicación: 13-001-60-01129-2018-02687-00
Rad Int. G7 0001 de 2021
Procedencia: Juzgado Trece Penal Municipal de Cartagena
Procesado: José Gregorio Peroza Fernández
Delitos: Extorsión agravada en grado de tentativa y hurto agravado.
Decisión: Revocar parcialmente

tenidos en cuenta por la primera instancia al momento de establecer la pena definitiva en esa oportunidad.

En concordia con lo anteriormente expuesto, tenemos que se procede por el punible de extorsión en grado de tentativa cometido sobre cosa cuyo valor es inferior a un (1) SMLMV, por lo que corresponde hacer la dosificación partiendo de la pena según los artículos 244, 268 y 27 del C.P.

Tenemos entonces que el delito de extorsión tipificado en el artículo 244 del C.P., tiene una pena que va de 192 a 288 meses de prisión y multa de 800 a 1800 S.M.L.M.V. sin embargo, dichos externos punitivos sufren una primera disminución en atención a la verificación de la circunstancia de atenuación contenida en el art. 268 del C.P., en razón de la cuantía del objeto de la conducta, disminución que consiste en una rebaja de una tercera parte de la pena máxima a la mitad de la pena mínima, conforme a la regla contenida en el numeral 5º del art. 60 del C.P., lo que arroja como resultado una pena de prisión que va de 96 a 192 meses, y una pena de multa que va de 400 a 1200 SMLMV.

Ahora, como quiera que la conducta de extorsión se cometió en grado de tentativa deberá darse aplicación a lo previsto en el inciso 1º del artículo 27 del C.P. que señala que en este evento se incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada, lo cual, tras realizarse la correspondiente operación aritmética, arroja como resultado una pena de 48 a 144 meses de prisión y multa de 200 a 900 SMLMV.

Para efectos de la fijación de la pena, se procede inicialmente a establecer el ámbito punitivo, es decir, el tiempo previsto entre el mínimo y el máximo de la pena señalada

Radicación: 13-001-60-01129-2018-02687-00
 Rad Int. G7 0001 de 2021
 Procedencia: Juzgado Trece Penal Municipal de Cartagena
 Procesado: José Gregorio Peroza Fernández
 Delitos: Extorsión agravada en grado de tentativa y hurto agravado.
 Decisión: Revocar parcialmente

en el tipo penal (96 meses y 700 SMLMV), el cual será dividido entre 4 para determinar los cuartos de movilidad, que quedarían así:

Primer cuarto	Segundo cuarto	Tercer cuarto	Último cuarto
48 a 72 meses de prisión y multa de 200 a 375 SMLMV.	72 a 96 meses de prisión y multa de 375 a 550 SMLMV.	96 a 120 meses de prisión y multa de 550 a 725 SMLMV.	120 a 144 meses de prisión y multa de 725 a 900 SMLMV.

El a quo, tras haber seleccionado el primer cuarto de movilidad de la pena para el delito de extorsión agravada en grado de tentativa que calculó en una pena de prisión de 48 a 84 y multa de 1000 a 1875 SMLMV, procedió a analizar los criterios de individualización de la pena contenidos en el art. 60 del C.P., e impuso como penas principales definitivas las de prisión de 80 meses y multa de 1500 SML MV, es decir, se acercó al extremo máximo del cuarto para la pena de prisión, mientras que para la pena de multa apenas superó la mitad del cuarto de movilidad.

Así las cosas, la Sala considera que solo se puede mantener el lineamiento adoptado por el juez de primera instancia al momento de tasar la pena de prisión, por cuanto, la fijación de la pena de multa adolece de motivación alguna en torno a los criterios contemplados en el numeral 3º del artículo 39 del C.P. para individualizar este tipo de penas, ajuste que es procedente hacer en segunda instancia debido a que no representa afectación al principio de *no reformatio in pejus* dado que, como se verá, la modificación conlleva a una menor pena de multa y, por ende, beneficia al encartado.

Ahora bien, rectificado el primer cuarto punitivo, tras eliminarse el agravante, este se estableció en 48 a 72 meses de prisión y multa de 200 a 375 SMLMV. En consecuencia, la Sala tiene a bien fijar la pena de prisión en una proporción cercana al extremo máximo, equivalente a 70 meses.

Radicación: 13-001-60-01129-2018-02687-00
Rad Int. G7 0001 de 2021
Procedencia: Juzgado Trece Penal Municipal de Cartagena
Procesado: José Gregorio Peroza Fernández
Delitos: Extorsión agravada en grado de tentativa y hurto agravado.
Decisión: Revocar parcialmente

En cuanto a la pena de multa debe decirse que el numeral tercero del artículo 39 del C.P. establece que para la determinación de la cuantía el juez deberá tener en cuenta “el daño causado con la infracción, la intensidad de la culpabilidad, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo, la situación económica del condenado deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares, y las demás circunstancias que indiquen su posibilidad de pagar.”

En este caso, adicional a las consideraciones que en torno al grado de aproximación a la consumación del delito hizo el juez de primera instancia, debe observarse que el objeto de la extorsión no superaba 1 SMLMV, por lo cual, ni significaba un ingreso significativo para el sujeto activo ni representaba mayor daño para el patrimonio económico de la víctima.

Igualmente, ha de considerarse que no se aportó elemento de prueba alguno que le permitiera al juez valorar la situación económica del procesado, por lo tanto, lo procedente, en virtud del principio de *favorabilidad pro reo*, es asumir que su capacidad de pago de la pena de multa se traduce en el mínimo imponible de la misma, equivalente a 200 SMLMV.

4. Consecuencias jurídicas de la redosificación punitiva.

Aunque la modificación que se efectúa en esta providencia se traduce en una disminución punitiva, la decisión de negar al procesado la concesión de cualquier subrogado o beneficio se ha de mantener, en cuanto a que la misma se fundamentada en la prohibición que en este sentido establece el art. 26 de la Ley 1121 de diciembre 29 de 2006 para esta clase de delitos.

Radicación: 13-001-60-01129-2018-02687-00
Rad Int. G7 0001 de 2021
Procedencia: Juzgado Trece Penal Municipal de Cartagena
Procesado: José Gregorio Peroza Fernández
Delitos: Extorsión agravada en grado de tentativa y hurto agravado.
Decisión: Revocar parcialmente

5. Conclusión.

En consecuencia, se revocará parcialmente la sentencia de fecha 2 de diciembre de 2020, en el sentido de retirar de la calificación jurídica definitiva la agravante contemplada en el numeral 1º del artículo 245 del Código Penal.

En consecuencia, se modificará el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, el cual quedará de la siguiente manera:

“CONDENAR a José Gregorio Peroza Fernández a la pena principal de setenta (70) meses de prisión y multa de doscientos (200) SMLMV, como autor responsable del delito de extorsión en grado tentado.”

El resto de la decisión permanecerá incólume.

Por lo expuesto **el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, SALA PENAL DE DECISIÓN**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia de fecha 2 de diciembre de 2020, en el sentido de retirar de la calificación jurídica definitiva la agravante contemplada en el numeral 1º del artículo 245 del Código Penal, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: En consecuencia, se modificará el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, el cual quedará de la siguiente manera:

Radicación: 13-001-60-01129-2018-02687-00
Rad Int. G7 0001 de 2021
Procedencia: Juzgado Trece Penal Municipal de Cartagena
Procesado: José Gregorio Peroza Fernández
Delitos: Extorsión agravada en grado de tentativa y hurto agravado.
Decisión: Revocar parcialmente

“CONDENAR a José Gregorio Peroza Fernández a la pena principal de setenta (70) meses de prisión y multa de doscientos (200) SMLMV, como autor responsable del delito de extorsión en grado tentado.”

El resto de la decisión permanecerá incólume.

TERCERO: Contra esta sentencia procede el recurso extraordinario de casación, dentro de la oportunidad y en la forma indicada en el artículo 183 de la Ley 906/04, para cuyo efecto se mantendrá el asunto en la Secretaría de la Sala Penal.

CUARTO: La presente decisión se notificará conforme los acuerdos vigentes. Una vez en firme este proveído remítase la carpeta al Juzgado de procedencia.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

**FRANCISCO ANTONIO PASCULES HERNÁNDEZ
MAGISTRADO PONENTE**

**PATRICIA HELENA CORRALES HERNÁNDEZ
MAGISTRADO**

**JESÚS JOSÉ CUMPLIDO MONTIEL
MAGISTRADO⁷**

⁷ Apelación de Sentencia en proceso seguido contra José Gregorio Peroza Fernández, por el delito de extorsión agravada en grado tentado. Rad. Interno. Grupo 7 N.º 0001 de 2021.