

EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

EL DELITO DE EXTORSIÓN

ELEMENTOS ESTRUCTURALES Y DIFERENCIALES

Dr. Pedro Alfonso Pabón Parra

TEMA I

ESTAFA Y EXTORSIÓN. “Diferencias. Los dos tipos penales tienen en común el propósito de obtener un ilícito provecho económico, más en cuanto a los medio no puede existir posibilidad de confusión, la estafa suele calificarse como delito de inteligencia para lograr el engaño, mientras que la extorsión menoscaba la libre determinación de la víctima por acciones predominantemente violentas”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Guillermo Duque Ruiz, Acta No. 41, 29-04-86, Gaceta Judicial No. 2424, t. CLXXXV, p. 197).

Como se ve, la polémica entre los indicados juzgados, céntrase, con prioridad, en cuanto a la competencia por el factor objetivo o naturaleza del hecho: uno sostiene que habría extorsión, y, el otro, que solamente estafa, y como la competencia por el factor territorial (Art. 41 del C de P. P.) depende aquí de la tesis que se acoja sobre la tipificación de los hechos, la Corte debe resolver primero este tópico.

1. El artículo 406 del Código Penal de 1936 (modificado por el 12 de la ley 21 de 1973), norma bajo cuya vigencia ocurrieron los primeros hechos, describía así la extorsión:

"El que por medio de amenazas o violencias o simulando autoridad pública o falsa orden de la misma, y con el fin de obtener para sí o para un tercero un provecho ilícito, obligue a otro a entregar, enviar, depositar o poner a su disposición cosas, dinero o documentos capaces de producir efectos jurídicos, incurrirá en prisión de...

"En igual sanción incurrirá el que por los mismos medios, obligue a otro a suscribir o a destruir documentos de obligación o de crédito"

El Código Penal de 1980 en el artículo 355, tipificó dicho delito en los siguientes términos:

"El que constriña a otro hacer, tolerar u omitir alguna cosa, con el propósito de obtener provecho ilícito para sí o para un tercero, incurrirá en prisión de..."

Ahora bien, el delito de estafa, tanto en el artículo 408 del Código Penal de 1936, como en el 356 de 1980, se describe como la obtención de un provecho ilícito con perjuicio ajeno mediante la inducción (o mantenimiento) en error a otro, a través de artificios o engaños.

Ambos tipos penales tienen en común el propósito de obtener un ilícito provecho económico, más en cuanto a los medios no puede existir posibilidad de confusión: la claridad de los preceptos aludidos no le dan cabida. La estafa, ha dicho esta Sala, "Suele calificarse como delito de inteligencia, para denotar con ello que aunque jurídicamente cualquier persona puede realizar la conducta descrita como tal en el respectivo tipo penal (es de sujeto activo indeterminado) en realidad su ejecución requiere en el autor especiales condiciones personales de versatilidad, simpatía, poder de convicción, imaginación para idear artificios capaces de atraer a la víctima, seguridad y confianza en el manejo de la concreta situación creada para consumir el engaño y obtener, por tal vía, el provecho económico hacia el cual se orienta toda su actuación..." (casación de 24 de agosto de 1984).

Los términos que acaba de subrayar la Sala expresan, inequívocamente cuáles son los medios desplegados por el actor: todos ellos engañosos, fraudulentos, excluyen, repelen frontalmente la violencia, la intimidación, cualquier clase de fuerza. En la estafa, gracias, al engaño, la víctima se desprende gustosamente de sus bienes.

En oportunidad muy reciente, la Corte examinó la naturaleza, proyección y límites de extorsión. Registró que su verbo rector "constreñir", es sinónimo de "obligar" (utilizado del artículo 406 del Código penal de 1936), y cómo de esta manera, "el delito de extorsión, continua siendo entre nosotros un delito comisivo por acción predominantemente violenta, que abarca no solamente la violencia física, sino "cualquier conducta ejercida por el agente que trae como resultado un menoscabo de la libre determinación de la víctima

obligada realizar lo que aquél desea y no lo que ella quiere" (sentencia de 8 de abril de 1986, magistrado ponente doctor Lisandro Martínez Zúñiga).

COMENTARIOS

No obstante la distinción material introducida por la doctrina clásica del bien jurídico, erigido en finalidad por la acción del agente, no alcanzó a determinar técnicamente el concepto de delito pluriofensivo, que es una de las características preponderantes de la extorsión. Desde su noción original este reato a conllevado o por lo menos supuesto un atentado patrimonial o contra la propiedad privada, violentando simultáneamente la libertad individual, aspecto que lleva recurrentemente a que se le refunda como una especie del secuestro para obtener rescate, hoy denominado extorsivo en nuestra legislación.

La dogmática ha asimilado la inicial sistematización clásica obteniendo su desarrollo conceptual estricto. Valiéndonos fundamentalmente del concepto de pluriofensividad, ya más frecuente de lo que se piensa en la parte especial de los códigos, llegamos fácilmente a fundamentar la ubicación de este tipo penal en un determinado título, bajo la concepción fácilmente demostrable de la jerarquización en múltiples grados y niveles de los objetos o derechos tutelados. En uno de los referidos grados distinguimos entre bienes -- prioritaria o prevalentemente tutelados y otros incorporados solamente de manera accesoria o secundaria de acuerdo a la posición, recomendable o adoptada en la sistemática del respectivo código.

Pues bien, si la traza ontológica del comportamiento considerado, implica por lo menos esa biofensividad, el ordenamiento penal no puede prescindir de ella, sino que en los órdenes de política legislativa -incriminación y redacción típica- y criminológica -punición- debe considerarla; por lo anterior el tipo de extorsión reúne las dos ofensas sin que pueda afirmarse que alguna de ellas ha quedado desplazada u olvidada. Así, el tipo protege en forma prevalente el derecho de propiedad el cual absorbe el ataque a la libertad y a la facultad humana de autodeterminación.

TEMA II

HURTO CALIFICADO. EXTORSIÓN. SECUESTRO EXTORSIVO. "La violencia que anima la previsión del artículo 350-1 del C. P., no puede ser la que afecta la libertad de locomoción de una persona (secuestro). El aspecto es totalmente diverso en los dos tipos penales (extorsión y hurto calificado) y confundirlos y hacerlos servir al primero de ellos, con eliminación del segundo reato, es desconocer su naturaleza propia y prevalente. Los aspectos jurídicos que se vinculan a la libertad física, "están definidos y reglados con absoluta estrictez", empezando porque la Constitución Política -art. 28- para permitir su desconocimiento exige la orden estricta de autoridad judicial. Si el tipo está conformado por un núcleo rector consistente en el apoderamiento que resulta igual en el hurto simple y el de uso, se dirá que se está frente a este último en el evento en que aparezca como elemento de la conducta humana el propósito de usar el bien ajeno (art. 352 C. P.). O si la acción es la de constreñir a una persona, se tendrá que el tipo correcto es el de extorsión si se persigue un provecho patrimonial (art. 355 C. P.), o de no se dará un tipo de constreñimiento personal simple (art. 276 C. P.). De manera que el proceso de adecuación típica sigue un curso puramente lógico de prioridades en el examen de los elementos configuradores de los tipos penales, en el cual se va de la identificación del núcleo de acción que rige la figura como aspecto principal, y que luego en un procedimiento que desciende de lo principal a los predicados del núcleo rector del tipo, llega a los elementos de modo, los medios, los elementos subjetivos y normativos que identifican la estructura típica correspondiente. La extorsión se caracteriza por ser un acto de constreñimiento sobre la persona afectada, en tanto que el secuestro es una privación física de la libertad personal (arrebatar, sustraer, retener u ocultar a la persona), que son dos actos completamente diversos: lo primero significa intimidación física (aunque sí se le puede amenazar con ello), y el segundo es la privación física de la libertad." (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Gustavo Gómez Velásquez, Acta No 75, 14-07-94, Gaceta Judicial No 2472, t. CCXXXIII, p. 376).

.....

"Al desarrollar el mismo se hace hincapié en "la ausencia del elemento intencional del delito contra la libertad individual (secuestro)". En otras palabras , como no es dable deducir un elemento doloso, a este

respecto, el mencionado delito no se configura. Esto, dentro de una tendencia culpabilista, como es la que impera en nuestro derecho penal.

"Y, luego de citar los testimonios de ... indicativas todas de la libertad de movimiento detectable en la víctima, anota que "Como es bien sabido, para que se configure el delito de secuestro extorsivo es absolutamente indispensable que la persona sea arrebatada, sustraída, retenida u ocultada" con el propósito de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad, o para que se haga u omita algo o con fines publicitarios de carácter político" (art. 268 C.P.). Pero si la acción consiste, como ocurrió aquí, en poner a la persona, utilizando cualquier medio, en imposibilidad de obrar - lo cual equivale a privarla temporalmente de su libertad- a fin de poder, por ese medio, apoderarse de una cosa mueble ajena, el delito que se comete no es el de secuestro sino el de HURTO CALIFICADO".

"El memorialista vuelve, entonces, sobre la sentencia de segunda instancia para destacar que algunos importantes apartes de la misma aluden "al aspecto intencional (doloso) y específico de los sujetos activos, es decir se analiza el aspecto subjetivo de estos en cuanto a su ánimo dirigido a "lesionar el patrimonio económico del afectado, denotando un marcado interés por un vehículo. Pero curiosamente no se encuentra fundamento para atribuirles el secuestro".

"Termina con esta serie de interrogantes: "¿En qué momento se configuró el secuestro de ... si para mantenerlo retenido contradictoriamente se le dejó en libertad?. ahora bien, las amenazas iban en contra de su libertad o de su integridad personal. El dinero fue exigido para devolver a su vehículo retenido o para devolverle su libertad?. Si era a cambio de su libertad ¿Porqué no exigirselo a sus familiares o a un tercero y mantenerlo retenido?. ¿Cuál fue entonces el ánimo la intención (dolo) de ... y sus acompañantes?", lo que le permite aseverar que "Desafortunadamente, como es fácil apreciarlo, el ad-quem no se detuvo en estos obvios razonamientos, lo soslayó, y en la deficiente motivación de su sentencia condenatoria sólo se limitó a "analizar la situación desde un punto de vista puramente fáctico" según sus propias palabras, incurriendo así en la atribución de una responsabilidad objetiva proscrita por nuestra legislación penal vigente (art. 5 C.P.)".

"En este campo se repasa concienzudamente lo que debe corresponder a la violencia propia del delito contra el patrimonio económico, muy distinto de la que inspira y mueve a la ejercida en un secuestro, y lo que debe considerarse o evaluarse como bien jurídicamente protegido en esta segunda entidad delictiva y la manera como éste se afecta y debe estimarse afectado.

"Y, de otro lado, "en el orden penal, los actos de fuerza o violencia material (vis física) que restrinjan la libertad personal de trasladarse o permanecer en un sitio, conforme a la decisión libre y voluntaria del individuo, están comprendidos como elementos conformantes de los delitos específicos distintos de aquellos que apenas conllevan el sentido de fuerza coactiva de la voluntad pero sin llegar a la restricción de esa capacidad física de traslación del individuo como derecho fundamental", pudiéndose citar al respecto los artículos los artículos del Código Penal, 268, 269 - secuestro extorsivo y simple -, 272, 273 y 274 - detención arbitraria.

"El Ministerio Público se extiende en valiosas consideraciones sobre el tema y al exacto enfoque del problema le añade la pertinente solución del mismo. Por la excelencia de su razonamiento, la Sala transcribe en integridad su pensamiento en las siguientes páginas: "ahora bien, en muchas otras ilicitudes puede ocurrir que se actúe por el autor en la esfera de la capacidad de locomoción personal del individuo con miras a lograr un resultado diverso que el agente se ha propuesto, que plantea la discusión teórica de saber si a la par puede atribuirse el delito principal logrado y el eventual secuestro concurrente. La realidad presenta frecuentes situaciones en las cuales en el iter criminal de un hecho punible, se pasa por la afectación de la libertad personal de la víctima, como una situación indisoluble conectada con el resultado final que se busca. Piénsese en el delito de violación sexual (acceso carnal violento art. 298 C. P.), en el cual el sujeto activo debe someter a la víctima a su poder físico para lograr la penetración sexual indebida, en el cual es necesario que se restrinja la libertad personal de movimiento de la víctima. De la misma manera ocurrirá en el hurto, cuando se inmoviliza a la víctima mediante ataduras o encerramientos, caso en el cual habrá una indudable afectación de la capacidad de locomoción de dichas personas (art. 350. 1 del C. P.). O diversas modalidades de la acción en comportamientos tipificados de manera

abierta (conducta libre) en que suele ocurrir que el autor restrinja de esa forma la libertad como momento de paso, para lograr el resultado final. En realidad en esos eventos debe definirse el problema en una secuencia lógica siguiendo el esquema que sirva al legislador para estructurar los tipos penales, de manera que como cuestión fundamental estará la de la descripción de la acción humana misma que constituye el centro del tipo, y a renglón seguido los elementos modales, normativos y subjetivo del tipo mismo, bien que estén o no descritos explícitamente en la ley, que como se verá son predicados del núcleo principal de la fórmula típica. Es por ello que el demandante yerra en su planteamiento de impugnación, como que en el marco de la teoría del tipo penal confunde la acción típica, con los elementos subjetivos del tipo (componentes subjetivos del autor), y sobrevalorando estos últimos pretende desconocer la acción típica básica que conforma el núcleo rector del tipo. Esta expresión indica que la tipicidad está regida o gobernada por la acción como fenómeno que constituye objetivamente su expresión como fenómeno que constituye objetivamente su expresión fáctica principal, definida en el llamado núcleo rector de tipo penal. Ahora si ese núcleo rector resulta igual a otro en dos tipificaciones penales diversas, será evidente que los demás elementos de composición de la estructura típica servirán para diferenciarlos y fundamentarlos debidamente, según el sentido de los elementos del tipo y las componentes personales del autor. Así visto el tema se hallará que si el tipo está conformado por un núcleo rector consistente en el apoderamiento que resulta igual en el hurto simple y el de uso, se dirá que está frente a éste último en el evento en que aparezca como elemento sujeto de la conducta humana el propósito de usar el bien ajeno (art. 352 C. P.). O si la acción es de constreñir a una persona, se tendrá que el tipo correcto es el de extorsión si se persigue un provecho patrimonial (art. 355 C. P.), o de no se dará un tipo de constreñimiento personal simple (art. 276 C. P.). De manera que el proceso de adecuación típica sigue un curso puramente lógico de prioridades en el examen de los elementos configuradores de los tipos penales, en el cual se va a la identificación del núcleo de acción que rige la figura como aspecto principal, y que luego en un procedimiento que desciende de lo principal a los predicados del núcleo rector del tipo, llega a los elementos de modo, los medios, los elementos subjetivos y normativos que identifican la estructura típica correspondiente. Pero no es válido el procedimiento inverso, en el cuál el núcleo rector del tipo queda absorbido por las consideraciones del modo o los medios, o

cuando las componentes de autoría superan dicho núcleo rector del tipo, pues en tal caso se efectuaría la adecuación típica sobre la base de los elementos que conforman los predicados de la acción principal menospreciando la figura rectora del tipo, en un evidente desvío técnico.

"Es lo que plantea la censura en casación, en que se disputa sobre la adecuación típica de la acción del sentenciado, que su representante es este recurso extraordinario estima que constituye una extorsión (tentada) y no un secuestro extorsivo como lo definió el sentenciador de segunda instancia. Si se atiende al núcleo rector de los tipos penales referidos en - arts. 355 y 268 del C. P.- que obviamente es el elemento típico prevalente para la adecuación típica, se hallará que la extorsión se caracteriza por ser un acto de constreñimiento sobre la persona afectada, en tanto que en un secuestro es una privación física de la libertad personal (arrebatar, sustraer, retener u ocultar a la persona), que son dos actos completamente diversos: el primero significa intimidación física (aunque si se la puede amenazar con ello), y el segundo es la privación física de la libertad. De manera que en el caso que estudia la Sala se tendrá que el núcleo rector del tipo - que no es teoría sino aplicación - se produjo en cuanto se retuvo por fuerza a la persona física de la víctima, trasladándolo durante varias horas contra su querer de una ciudad a otra. Ello fuerza la inclusión del acto en las figuras de secuestro, como resulta evidente, pues se ha dado el núcleo rector del tipo, que aparece en los arts 268 y 269 del C. P colombiano. En cambio lleva a desechar la extorsión como tal, visto que tal tipo penal centra su consideración de prohibición en la acción fundamental de constreñir, es decir de obligar o compeler a otro de manera ilegítima que da tanto como intimidarlo (colocar en el temor) moral o físicamente, que obviamente se refiere a una acción de atemorizamiento pero no a la privación de libertad de locomoción del sujeto. Decir pues que privar de libertad física es un medio o un modo de constricción, en el orden penal, resulta un desacierto técnico ya que la prohibición de privar de libertad es un acto que constituye lo principal en distintos tipos penales específicos, y que ineluctablemente reclaman la adecuación en el secuestro pues ese es su núcleo rector. Partir del supuesto de que la privación de libertad es un "MODUS OPERANDI" para la extorsión, que solo es constreñir y no privar de libertad en la gama de los bienes jurídicos protegidos, o del hurto calificado pues se la identifica con violencia física para el

apoderamiento, es, el primer caso confundir las acciones principales mismas descritas en los tipos (constreñir con privar de libertad) que ónticamente son diversas, y en el segundo identificar una circunstancia modal que es predicado de la acción básica (apoderarse), con lo principal de una acción básica descrita en otro tipo (privar de libertad física) que obviamente no es predicado de otro fenómeno. Pero aparte de ello, aparece un segundo yerro técnico, visto que confunde violencia sobre las personas que es fuerza ejercida sobre ellas, con la privación de libertad de locomoción física que aún puede producirse sin necesidad de fuerza alguna como cuando se toma a un niño recién nacido y se lo retiene en poder de su captor.

"El juego lógico se basa en traer los elementos subjetivos del tipo - el propósito de provecho económico - que es propio de la extorsión y del hurto (animus lucrandi), dándoles el sentido de finalidad del autor, para desconocer una realidad innegablemente objetiva relativa a la privación de libertad de la víctima. Lo antijurídico esencial en este caso es la afectación de locomoción personal, protegida en el sistema jurídico y con tanta fuerza, que viene a constituir el núcleo rector de los tipos de secuestro, lo cual no puede desconocerse en el proceso de adecuación al tipo penal.

"Se dice por el recurrente - aparte de las citas del Juez de primera instancia- que la privación de libertad fue un medio para imposibilitarte obrar y facilitar el apoderamiento propio del hurto.

"Fuera de la confusión conceptual entre el medio (o será mejor el modo) - la violencia sobre las personas - que califica la acción típica de apoderamiento, es evidente que la regla válida en este aspecto parece ser la del concurso de delitos si la privación física coincide como fenómeno fáctico con el ejercicio de violencia sobre la persona (secuestro y hurto) pero no elimina el fenómeno material de la privación de la locomoción como núcleo rector de la tipicidad del secuestro, como lo hace el recurrente. De otra parte ello requiere, como en todos los eventos, que la privación de libertad sea un fenómeno temporal y jurídicamente relevante como ofensa al bien jurídico correspondiente, y que sea escindible claramente de la situación de apoderamiento del bien ajeno. Ello es propio de todo proceso de subsunción al tipo penal. En este caso será cierto que la retención física resulta temporal y jurídicamente relevante visto que la

víctima fue desplazada por fuerza de su esfera de actividad voluntaria y moral, por lo que no puede desconocerse ese aspecto de la realidad para pretermitir la adecuación al tipo que lo contempla como núcleo rector del delito del secuestro. Más aún, el fenómeno de privación de libertad personal es separable de la violencia como acto tendiente a eliminar la resistencia al apoderamiento, como que mediante intimidación con armas se apoderaron del vehículo, de manera directa, sin que fuera menester un comportamiento posterior para eliminar la resistencia a la toma del bien por parte del ladrón. Se olvida que la violencia del hurto busca eliminar la protección de los bienes o la resistencia al acto de apoderamiento, lo cual se cumple apenas se toma el bien y queda en el ámbito del poder físico del ladrón. Lo que subsigue de allí en adelante ya no es violencia calificante del hurto, sino la ilegítima privación de la libertad personal de la misma víctima hurtada, con lo que se demuestra que el secuestro existió realmente, y puede separarse ópticamente del hurto que conserva su nota calificante de violación independiente de la retención de la persona que sobrevino al apoderamiento, y por tanto la consumación del hurto. Esa es la razón por la cual se plantea la casación con error evidente de técnica, visto que aducido un error de selección de la norma se acepta que objetivamente sí se dio la conducta típica, sólo que se carece del dolo de secuestrar (se tiene apenas el de hurtar), lo que ya se censuró por equivocado.

"Y por ese mismo desconocimiento del fenómeno material que decimos, se cae en otro yerro protuberante : que no cabía afirmar el secuestro por falta del dolo del mismo, cuando en verdad si el hecho de privar libertad se dio fenoménicamente será evidente que su autor (el de la retención y traslado de la víctima) conoció y quiso retener físicamente a la víctima, contra su voluntad , - por ser fenómeno evidente y propio - lo que conforma el dolo de secuestro como quiere llamarlo el demandante.

"Resulta claro, el deseo de los plagiarios por retener contra voluntad al señor..., obligarlo a permanecer durante varias horas y exigirle una suma de dinero que debía entregarles. No se requiere, que la voluntad de secuestrar se manifieste o exteriorice de manera expresa por los sujetos agentes del delito, basta que de los actos materiales ejecutados por aquellos que se infiera, como en el presente caso, el aspecto cognoscitivo y volitivo de la conducta (dolo) para que se estructure a

cabalidad el delito. Por tanto, no tiene asidero jurídico la afirmación de haberse fallado con base en una responsabilidad objetiva en contra del sindicado.

"Ahora bien, de otra parte tenemos la conclusión a que llega el libelista con base en la propia versión del secuestrado y en los testimonios de las personas a quienes éste les relato lo sucedido, según la cual aquel "tuvo completa libertad para ir hasta su oficina, hablar con una subalterna suya, entregarle unas llaves o inclusive explicarle ciertos asuntos relacionados con los hechos". No se requiere de mayores análisis y explicaciones para entenderla, pues omite intencionalmente señalar que el señor... se sentía amenazado constantemente por sus plagiarios, quienes le apuntaban con sus armas de fuego, y nadie en tales circunstancias puede considerarse libre".

TEMA III

HURTO. EXTORSIÓN. "En el hurto con violencia la víctima es despojada de lo suyo contra su voluntad, al paso que en la extorsión entrega voluntariamente la cosa, aunque quebrantada por el miedo o la amenaza de un mal futuro". (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Jorge Carreño Luengas, Acta No. 35, 20-05-87, Gaceta Judicial No. 2428, t. CLXXXIX, p. 466).

"En el caso sub lite el apoderamiento de la cosa mueble fue concomitante con el empleo de amenazas o violencia sobre las personas. Así las cosas, el comportamiento se subsumen la descripción legal del artículo 349 y por la modalidad comportamental es calificado, puesto que en la extorsión - dice la Corte - "La obtención (sic) del objeto material no es concomitante con el empleo de violencia, porque generalmente existe un intervalo de tiempo en el efecto íntimamente y la entrega del bien perseguido, circunstancia que diferencia esta infracción en otras realizadas contra la propiedad" (Casación del 27 de febrero de 1948, LXV, pág. 83).

"En el caso estudiado - agrega - no hubo intervalo de tiempo entre el empleo de amenazas y el apoderamiento sino absoluta inmediatez, por cuanto la intención de los sujetos activos iba dirigida a hurtar "no dijeron a todos quietos que esto es un atraco" (fl. 69). Así las cosas, cumplida la hipótesis criminosa, sería insólito que pretenderían

regresar al sitio del atraco a cumplir supuestas amenazas sobre males futuros, amenazas que siempre se realizan, dice

la Corte, ´ para evitar toda posibilidad de resistencia ` . Casación del 25 de febrero de 1949, LXV, página 467. Sin que por este motivo el hurto se troque en extorsión, puesto que lo que importa es el tiempo.

"Refiriéndose sin embargo, a los reproches formulados opina que la tesis de la "inmediatez" alegada por el recurrente, para demostrar la configuración del hurto calificado en lugar de la extorsión carece de fundamento procesal y que "... la doctrina moderna reputa tal criterio diferencial como puramente artificioso y ofrece soluciones más lógicas y convincentes como las siguientes: tanto en la extorsión como en el hurto la entrega puede ser inmediata con un mínimo de intervalo de tiempo, conforme a la tendencia italiana, fuente de nuestro derecho penal; en el hurto, hay apoderamiento de la cosa, en la extorsión un acto de disposición patrimonial de cualquier especie: otorgamiento de documentos, entrega de dineros, cancelación de obligaciones, etc.; en el hurto, la coacción es absolutamente completa, en la extorsión es relativa por la posibilidad de elegir entre el daño futuro y la entrega del bien; el hurto tan solo alude a bienes muebles, la extorsión puede extenderse a inmuebles, derechos u obligaciones en general".

"La extorsión guarda un parentesco jurídico muy cercano con el hurto calificado por la violencia, pero se diferencian fundamentalmente en la finalidad perseguida por el agente pues en éste tiende a apoderarse de la cosa, mientras que aquel busca hacérsela entregar.

"En el hurto violento la víctima es despojada de lo suyo contra su voluntad, al paso que la extorsión entrega voluntariamente la cosa aunque con voluntad quebrantada por el miedo o la amenaza de un mal futuro.

"La extorsión a diferencia del hurto, es delito pluriofensivo, por cuanto menoscaba o pone en peligro los bienes jurídicos de la libertad de determinación y la integridad del patrimonio económico con predominio en este último, por estar incluida en el Título del Código penal, que se relaciona con los delitos contra el patrimonio económico.

"La extorsión, presenta un ingrediente subjetivo que la distingue de los demás delitos consistente en el "constreñimiento" ejercido por el agente sobre la víctima "con el propósito de obtener provecho ilícito para sí o para un tercero", de tal manera que la intención del extorsionador es la de obtener - para sí o para un tercero - un beneficio, una ventaja de carácter económico y constituye el ingrediente subjetivo del tipo.

"Y, como en el hurto no es necesario que el agente obtenga el provecho efectivo, basta que ese sea el motivo o la causa para ejercer el constreñimiento y que la víctima haga, omita o tolere alguna cosa.

"Debe tenerse en cuenta además, como bien lo hace notar el Ministerio Público, que en el hurto calificado por la violencia, la coacción es absoluta y el sujeto pasivo no tiene alternativa distinta a la de dejarse despojar o entregar el bien. En cambio, en la extorsión esa coacción es relativa, pues el ofendido tiene la opción de entregar el bien o asumir el riesgo ante el posible cumplimiento de la amenaza, que para el caso en estudio era la posibilidad de ser denunciado penalmente.

"Se recuerda esto, porque en la providencia calificatoria como en la sentencia acusada se da por establecido, conforme a las pruebas recaudadas, que los acusados fueron sorprendidos y capturados en el momento en que mediante los actos intimidatorios exigían a la expendedora de estupefacientes la entrega de dinero, joyas u otros objetos para no ser privada de la libertad por el tráfico ilegal y porque, según el testimonio del oficial de la Policía que prestó su concurso para la aprehensión de los culpables, estos se habían dedicado a extorsionar desde tiempo atrás a los traficantes de tales sustancias sicotrópicas.

"Doctrinaria y jurisprudencialmente ha venido aceptándose que la extorsión se caracteriza y distingue por la existencia de un intervalo de tiempo (así sea breve) entre la amenaza del mal y la entrega de la cosa; pero, debe advertirse, que éste no es el único requisito para diferenciar dicha infracción de otras, como el hurto violento, toda vez que deben tenerse en cuenta otros factores determinantes de la ilicitud, como la intención o propósito del agente al constreñir a la víctima.

"En el caso sometido a consideración de la Corte, es evidente, que el impugnador no logró demostrar, que los juzgadores de instancia se

equivocaron al dar a los hechos probados en el sumario, una calificación jurídica que no corresponde, pues sin cuestionar las pruebas que en ella se fundamenta, simplemente se limitó a plantear que no se configuraba el punible de extorsión, sino el del hurto calificado porque entre la amenaza y el apoderamiento de la cosa no hubo solución de continuidad."

COMENTARIOS

Desde los clásicos se afirmó que si alguien "toma para sí" realiza hurto, si para tomar con mayor eficacia y seguridad se emplea violencia sobre personas o cosas, se habrá estructurado el robo, hoy hurto calificado entre nosotros, pero si la acción se troca no en el "tomar para sí", sino en el "hacerse entregar" por medio del constreñimiento, estaremos frente a la acción extorsiva, existiendo obviamente una secuencia lógica entre el medio y el evento, los cuales sin duda deben presentarse siempre en sucesión temporal.

TEMA IV

HURTO. TENTATIVA DE EXTORSIÓN. "El apoderamiento en el hurto requiere la voluntad que se caracteriza por querer la cosa con disponibilidad, por manera que si el fin propuesto es diverso, la adecuación típica se desplaza". (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Lisandro Martínez Z., Acta No. 104, 29-10-86, Gaceta Judicial No. 2424, t. CLXXXV, p. 460. Con Salvamento de Voto).

"La descripción típica del delito de hurto en la modalidad básica del artículo 349 del Código Penal, hace consistir la conducta prohibida en el apoderamiento de una cosa ajena, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro, con lo que no deja duda que para su consumación no basta sacar el bien de la esfera de vigilancia de su propietario, poseedor o tenedor, sino que es imperativo tener en cuenta la voluntad de apoderamiento.

"Como ya lo sostuvo esta Sala: "El verbo rector empleado por el artículo 349 del Código Penal, apoderar, tiene un mayor valor descriptivo que sus similares 'tomar' o 'sustraer'; y suele entenderse en el sentido de despojar de una cosa para someterla al propio poder y llegar a disponer

de ella, así sea por breve término de tiempo". Y agregó: "La acción expresa una nítida correspondencia entre tomar la cosa ajena, la cual supone potenciales atributos de dueño o poseedor, y quitársela a quien la tenía, lo que equivale a pérdida de esas atribuciones, o sea, un apoderamiento y un desapoderamiento". (M.P. Dr. Gustavo Gómez Velásquez. Julio 18 de 1984).

"Pero como no es suficiente la objetividad de la conducta, pues ésta no puede existir sin voluntad, ya nadie cuestiona que la voluntad siempre tiene un fin determinado. Causalistas y finalistas así lo reconocen y sus diferencias radican es en su análisis frente al campo conceptual en la teoría del delito; de ahí que tenga plena vigencia la consideración de Welzel respecto a que "la voluntad consciente del fin" es "la columna vertebral de la acción", pues, "ella es el factor de dirección que sobredetermina el acontecer causal exterior y en virtud de esto lo convierte en una acción dirigida finalmente", y agrega: "sin ella, la acción quedaría destruida en su estructura material y rebajada a un proceso ciego. La voluntad final pertenece, por ello, a la acción como factor integrante, ya que, y en la medida en que, configura objetivamente el acontecer exterior". (Derecho Penal Alemán. Edit. Jurídica de Chile. Pag. 54).

"El apodereamiento en el hurto, en consecuencia, además de su materialidad, requiere la voluntad de hacerlo; por esto en la decisión ya citada, expresó esta Sala:

"De sobra está indicar que la voluntad del autor del punible debe caracterizarse como querer ese apoderamiento y lo que ésta implica, vale decir, atribución de disponibilidad, o lo que el artículo prevé como ingrediente subjetivo ('con el propósito de obtener provecho para sí o para otro')".

Se ve, entonces, que a pesar de que del análisis del verbo "apoderarse", la conducta requiere lo subjetivo y lo objetivo, la descripción normativa recurre a los denominados "elementos subjetivos del tipo" para enfatizar sobre dicha exigencia, que con el preciso alcance ya referido, únicamente sirve para enriquecer la descripción del comportamiento, pues el dolo debe estar dirigido a "despojar de una cosa para someterla al propio poder y llegar a disponer de ella, así sea por breve término de

tiempo", y si el fin propuesto es diverso, la conducta se desplaza a otra adecuación típica conforme sucede en este caso.

"No corresponde a la realidad procesal la afirmación del casacionista, cuando expresa que una vez "consumado el hurto" se procedió por parte de los delincuentes a hacer la exigencia del dinero. El proceso demuestra lo contrario. Una vez los sujetos irrumpieron en el campamento y desvalijaron el buldozer hicieron entrega al celador de la carta por medio de la cual exigía a las directivas de la empresa la entrega de \$500.000 para devolver los aparatos sustraídos y acto seguido, en forma continua siguieron enviando las misivas, inclusive, hasta en forma personal cuando se llegó al convenio de rebajar hasta quedar en la suma de \$80.000. Pero además, cuando llegó la fecha fijada, efectivamente ... concurrió con los citados implementos para devolverlos y reclamar el dinero pactado.

"En estas condiciones, aparece claro cómo, nunca existió en esos sujetos la voluntad de apoderarse de los implementos sustraídos: Ya la carta la llevaban hecha y mantuvieron su voluntad inicial, que no era otra que la de quitar esos aparatos para tomarlos como medio para llevar a cabo la exigencia económica.

"La conducta realizada, por tanto, se adecua en el artículo 355 del Código Penal como extorsión, pues de otra parte, tampoco cabe duda que el medio utilizado fue idóneo para constreñir y prueba de ellos es que se vieron obligados, los directivos de la citada empresa, a negociar la devolución de tales implementos.

"Aspecto diverso, ahora, es el de establecer si se consumó o no la extorsión. Ya esta Sala ha fijado su criterio al respecto, al concluir que este delito admite la tentativa. Así se pronunció en aquella oportunidad, en lo pertinente:

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

"En otros términos, lo que diferencia este delito del constreñimiento ilegal (Art. 276) es precisamente la finalidad económica. Bien sabido es

que este ilícito se asemeja notablemente a la extorsión, ya que se describe mediante la fórmula 'constreñir a otro, a hacer, tolerar u omitir alguna cosa' sin darle una connotación específica, ni añadir ningún ingrediente subjetivo.

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

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

"Y se agregó en ese pronunciamiento: "En el momento en el cual la víctima o alguien a él vinculado, hace, omite o tolera algo, de connotación patrimonial, se ofenden ambos, bienes jurídicos protegidos: la libertad individual y el patrimonio económico", y se concluyó: "Si solo se atenta contra la libertad de determinación fulminando una amenaza y no se logre el hacer, omitir o tolerar, nos encontraríamos cuando hay finalidad económica, en el terreno de la tentativa". (Casación de 8 de abril de 1986, M.P. Dr. Lisandro Martinez Z.).

"Debe colegirse, en consecuencia, que en este caso la extorsión llegó al grado de tentativa de acuerdo al artículo 22 del Código Penal, dado que la finalidad de los delincuentes no fue otra que la económica y el resultado perseguido con el constreñimiento no se obtuvo. Por tanto si el juez de primera instancia así lo consideró y bajo esa decisión se tramitó el proceso hasta proferirse la correspondiente sentencia, la cual fue confirmada por el Tribunal Superior de Buga, obvio es que este cargo no prospera."

COMENTARIOS

En sentido gramatical CONSTREÑIR es obligar o compeler, precisar con la fuerza a algo. La comprensión jurídico penal del verbo coincide con su significado lato gramatical.

El constreñimiento no es una situación psicológica de la víctima o del sujeto pasivo, pues con tal comprensión estaremos confundiendo la acción típica que necesariamente debe desplegar el agente con su efecto; las acciones de constreñimiento determinan a la víctima a actuar, su estado síquico será el miedo o el temor, aspecto efectual y no perteneciente al hecho realizado.

El constreñimiento incorpora la violencia y ésta a su vez puede ser física o moral. La primera es energía muscular o material ejercida contra la persona y que en orden al presente tipo produce anulación de su autonomía con efectos corporales relativos frente a su integridad personal.

A su turno la violencia moral se concretará en la amenaza o intimidación, dirigida hacia la persona pero que se manifiesta hipotéticamente frente a ella o a las cosas.

La doctrina también distingue entre el constreñimiento directo y el indirecto, el primero se verifica cuando por ejemplo se amenaza con un arma bajo la manifestación de utilizarla si no se hace o se omite lo que se exige y será indirecto el anuncio de un mal futuro potencialmente real y fundado.

Otro aspecto desmembrado de los anteriores planteamientos es la idoneidad del constreñimiento, la cual se concreta en su eficacia para conculcar la voluntad de la víctima, teniendo en cuenta consideraciones medias del comportamiento humano, lo cual debe ser relacionado con sus circunstancias concretas tales como su edad, condiciones personales, nivel cultural, hasta la propia situación económica.

Una segunda característica del acto de constreñimiento realizado es que sea grave, sin interesar que sea justo o injusto, con lo cual una amenaza corriente, superable o superflua no debe reunir esta característica.

TEMA V

EXTORSIÓN. “La norma sustancial que consagra la infracción contempla la acción a constreñir, esto es, de obligar o compeler por cualquier medio al alcance del autor con el fin de obtener provecho ilícito, independientemente de que no se logre ese resultado final perseguido”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado onente: Dr. Guillermo Dávila Muñoz, Acta No. 080, 10-12-87, Gaceta Judicial No. 2432, t. CLXXV, p. 5).

"Radica la impugnación en que -como ya se expresó- los actos irregulares cumplidos por el procesado recurrente y debe entenderse que por los otros partícipes de la infracción- no alcanzaron efecto alguno o tuvieron incidencia, por cuanto en ningún momento intimidaron a la víctima escogida, ni disminuyeron su ánimo en forma que accediera o se determinara a realizar la entrega exigida de dinero, sino que por el contrario en el desarrollo de los hechos siempre estuvo dispuesto a reaccionar y a defender sus derechos.

"No es aceptable desde ningún punto de vista la argumentación referida. La norma sustancial que consagra la infracción contempla la acción de costreñir, esto es, de obligar a compeler, por cualquier medio al alcance del autor del hecho mediante violencia física o moral a hacer u omitir algo con el fin de obtener provecho ilícito. La idoneidad de los medios empleados para tal finalidad es estimada por el agente como suficiente para lograr el fin pretendido. Y así realiza los actos que entiende suficientes para su objetivo, que desde que se traduzcan en forma extensa y positiva y penetren en la esfera de actividad de la víctima, no pueden, dada su naturaleza, dejar de constituir el constreñimiento que contempla el texto legal y se relaciona concretamente con el derecho y libertad de la persona afectada que en tal forma se ve lesionada por razón de aquella actividad ilícita.

"El contenido y efecto de tales actos, son los expresados independientemente de que, como ocurre en este caso, no se logre el resultado final perseguido.

"Pero no obstante esto no significa que los actos cumplidos por el autor en procura de una finalidad no alcanzada, resulten sin efecto ni

contenido antijurídico alguno, como se desprende de la alegación del ademandante, pues afectaron claramente los derechos de la víctima y por lo mismo resultan contrarios a derechos susceptibles de la acción penal respectiva. Y por tanto, conforme el razonamiento examinado y por no lograr el beneficio ilícito perseguido, pueden resultar inocuos, como se desprendería de la posición del demandante, para llegar por esta vía a la absolución por la inexistencia de delito.

"No tienen alcance alguno, para efectos de desvirtuar la infracción, como se aduce, el que la víctima adoptara las medidas necesarias para prevenir la amenaza que existía en su contra, sin acceder a las gravosas e ilícitas pretensiones de los autores de la conducta examinada.

TEMA VI

EXTORSIÓN. COLISIÓN DE COMPETENCIA. JUEZ REGIONAL. "El artículo 11 de la Ley 81 de 1993, que modificó el artículo 73 del Decreto 2700 de 1991 en uno de sus incisos establece: "La competencia por la cuantía se fijará definitivamente teniendo en cuenta el valor de los salarios mínimos legales vigentes al momento de la comisión del hecho" (negrilla de la Corporación)." (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel, Acta No 23, 07-03-94, Gaceta Judicial No 2469, t. CCXXX, p. 642).

"Primer supuesto a establecer en orden a dilucidar la controversia entre las dos Corporaciones trabadas en ella, es el encuadramiento de la conducta de los implicados en el ordenamiento penal.

"El procesado da cuenta de que ... y ... efectuaron a partir de noviembre de 1991 y por espacio de tres (3) meses, varias incursiones al granero de propiedad de la familia denunciante y mediante amenazas contra la vida, la tranquilidad y los bienes de la misma, respaldadas por armas de fuego que portaban y por el temor que infundían en sus víctimas que los sabían integrantes de una asociación o banda, la de "Los ...", dedicada a la comisión de atropellos delictivos de diversa índole, se hicieron entregar víveres en cuantías pequeñas que en total llegaron a un valor aproximado de ochenta mil pesos (\$80.000.00). También revela el proceso, que en un momento dado el denunciante, ... , se opuso a la entrega de la totalidad de los víveres que en cada ocasión le exigían los acusados, y en acto de riesgosa autonomía limitó tales

entregas a algunos de los artículo, logrando mantener así a su familia libre del cumplimiento de las amenazas de éstos.

"Es evidente entonces, que mediante constreñimiento los acusados obligaron a la familia ... a efectuar la entrega de bienes de su patrimonio, en provecho ilícito propio o de terceros, y que sólo merced a esa constricción la familia accedió voluntariamente a dejarse esquilmar. No se presentaron los implicados haciendo uso de las armas apoderarse de los bienes contra la voluntad autónoma de sus víctimas, a llevárselos aprovechando su ausencia, lo que indica que la conducta que reiteradamente llevaron a cabo fue la de extorsión, en efecto:

"Este tipo penal, a diferencia del hurto calificado por la violencia requiere que la víctima haga, tolere u omita, siempre voluntariamente, lo que el sujeto activo del delito exige, independientemente de que la acción se cumpla al momento del constreñimiento o con un intervalo de tiempo, es decir, requiere que aquella intervenga y que actúe con autonomía en su propio desmedro patrimonial; mientras que en el hurto la voluntad de la víctima carece de incidencia porque el sujeto activo del delito no cuenta con ella para ocasionarle el menoscabo patrimonial que persigue; y, aunque en ambos casos existe coacción, en la extorsión tiene opción el ofendido de hacer, tolerar u omitir lo que se le exige, o de recibir el daño que le ha sido anunciado; en tanto que en el hurto no hay alternativa porque esa voluntad no ha sido consultada.

"El breve cotejo de las características de las dos figuras delictivas excluye calificar de reiterado hurto calificado por la violencia -como lo hace el Tribunal Nacional para declarar su incompetencia- el consuetudinario comportamiento de los acusados frente a la familia Ya se vio que voluntaria pero coaccionadamente ella les entregó durante un tiempo todos los víveres que les exigieron, y que esa voluntad de propio desmedro patrimonial inclinada por el temor a los males anunciados por los acusados, persistió aún después de que el denunciante les limitara la cantidad de productos que les pedían en cada oportunidad en que aparecían con tal fin en su negocio, y todo ello equivale ni más ni menos a constreñir a sus víctimas a hacer algo con el propósito de obtener provecho ilícito.

"Por cuanto hace al concierto para delinquir, basta observar que los jóvenes delincuentes procesados adoptaron como repetida práctica la realización de extorsiones a la familia ... -lo que según algunas referencias testificales también al parecer hacían con otras personas dueñas de establecimiento de comercio-, para colegir que la asociación delictiva tenía entre sus objetos la comisión de tal hecho punible.

TEMA VII

COLISIÓN DE COMPETENCIA. JUEZ REGIONAL. EXTORSION. "El incidente de colisión de competencia tiene una tramitación particular y concreta, procurando una definición rápida del enfrentamiento. Esta filosofía de su preceptiva excluye el recurso ordinario de apelación del auto interlocutorio que define el criterio del *ad quo* sobre competencia, cuando alguna de las partes resuelve plantear la cuestión con fundamento en el artículo 100 del C. de P.P., porque de lo contrario, se haría más dilatada la solución del incidente y, lo que es peor, se desplaza indebidamente la cuestión de la órbita propia de la instancia donde fue planteada. El artículo 3º del Decreto 1676 de 1991, adoptado como legalización permanente por el Decreto 2271 del mismo año otorga la competencia a los jueces regionales para conocer del delito de extorsión cuando su cuantía sea o exceda de cinco millones de pesos. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia, Acta No. 087, 29-09-93, Gaceta Judicial No. 2466, t. CCXXVII, p. 959).

TEMA VIII

SENTENCIA. NULIDAD. FLAGRANCIA. EXTORSIÓN. CONCUSIÓN. "Cuando la acusación a la sentencia tiene como causa el haber sido proferida en un juicio viciado de nulidad, se debe señalar con claridad y precisión la especie y el fenómeno que la ocasiona y sus fundamentos. Si de violación del derecho de defensa se trata, el actor está en la obligación de determinar la actuación procesal que se considera lesiva de la garantía del procesado y su incidencia de favorable en las determinaciones adoptadas en la sentencia impugnada. Y si el caso es de infracción al debido proceso, es deber del recurrente señalar la existencia de la irregularidad sustancial que resulta lesiva del sistema mixto que lo informa. El artículo 26 del Decreto 1861 de 1989, modificatorio del artículo 474 del anterior Código de Procedimiento

Penal, de modo expreso contempla el procedimiento abreviado para el evento de que el imputado sea capturado en flagrancia. No es posible en sede de casación solicitar por quien representa los intereses de los acusados que se agrave su situación jurídica, al pretender que se revoque una sentencia por el delito imperfecto de extorsión, para que en su defecto se le condene por uno consumado de concusión que entrañaría un mayor incremento punitivo. Por manera que la amenaza o el constreñimiento no fueron ejercitados por los delincuentes prevalidos de su cargo o en relación con la función, o como empleados oficiales, calidad que se cuidaron de ocultar y que para nada incidió en la conducta ilícita. En estas condiciones es impropio hablar de un delito de concusión cuando la conducta se subsume nítidamente dentro del delito de extorsión." (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Jorge Carreño Luengas, Acta No 107, 18-11-93, Gaceta Judicial No 2466, t. CCXXVII, p. 897).

TEMA IX

COLISIÓN DE COMPETENCIA. EXTORSIÓN. "Sobre la competencia para conocer de los delitos de extorsión, las normas que en definitiva quedaron derogadas por la expresa previsión legislativa, son aquellas especiales adoptadas como legislación permanente y que, la Ley 81 de 1993, queda como única fuente jurídica de inmediato y obligatorio cumplimiento en esa materia en tanto que no vulnera el principio constitucional del favor rei, a cuyos parámetros de competencia deben ajustarse los procesos en curso y los por iniciarse a partir de su vigencia. / Frente a los parámetros de la Ley 81 de 1993, se tiene que la cuantía "cuando se trate de delito de extorsión, la competencia de los jueces regionales procede sólo si la cuantía es o excede de ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales". (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Enrique Valencia Martínez, Acta No 20, 28-02-94, Gaceta Judicial No 2469, t. CCXXX, p. 531).

TEMA X

COLISIÓN DE COMPETENCIA. EXTORSIÓN. "Sobre la competencia para conocer de los delitos de extorsión, las normas que en definitiva quedaron derogadas por la expresa previsión legislativa, son aquellas especiales adoptadas como legislación permanente y que, la Ley 81 de

1993, queda como única fuente jurídica de inmediato y obligatorio cumplimiento en esa materia en tanto que no vulnera el principio constitucional del favor rei, a cuyos parámetros de competencia deben ajustarse los procesos en curso y los por iniciarse a partir de su vigencia. / Frente a los parámetros de la Ley 81 de 1993, se tiene que la cuantía "cuando se trate de delito de extorsión, la competencia de los jueces regionales procede sólo si la cuantía es o excede de ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales". (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Enrique Valencia Martínez, Acta No 20, 28-02-94, Gaceta Judicial No 2469, t. CCXXX, p. 531).

TEMA XI

COLISIÓN DE COMPETENCIA. EXTORSIÓN. "Sobre la competencia para conocer de los delitos de extorsión, las normas que en definitiva quedaron derogadas por la expresa previsión legislativa, son aquellas especiales adoptadas como legislación permanente y que, la Ley 81 de 1993, queda como única fuente jurídica de inmediato y obligatorio cumplimiento en esa materia en tanto que no vulnera el principio constitucional del favor rei, a cuyos parámetros de competencia deben ajustarse los procesos en curso y los por iniciarse a partir de su vigencia. / Frente a los parámetros de la Ley 81 de 1993, se tiene que la cuantía "cuando se trate de delito de extorsión, la competencia de los jueces regionales procede sólo si la cuantía es o excede de ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales". (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Enrique Valencia Martínez, Acta No 20, 28-02-94, Gaceta Judicial No 2469, t. CCXXX, p. 531).

TEMA XII

JUEZ REGIONAL. COLISIÓN DE COMPETENCIA. EXTORSIÓN. "Siendo la norma actualmente aplicable en materia de competencia, la Ley 81 de 1993, en delitos de extorsión, en ella y para mantener un criterio perdurable frente al cambiante valor de los salarios mínimos por su incremento anual, se clarificó que la cuantía se definiría por el valor de aquel que se rigiera para el momento de la comisión del hecho." (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

Magistrado ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda, Acta No 050, 05-05-94, Gaceta Judicial No 2469, t. CCXXX, p. 648).

TEMA XIII

EXTORSIÓN. COLISIÓN DE COMPETENCIA. "El delito de extorsión se realiza en el sitio en el que la víctima hace, tolera u omite algo de CONNOTACIÓN PATRIMONIAL. Y así las cosas, ninguna importancia tiene el territorio desde el cual se envió la carta constrictiva." (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Gustavo Gómez Velásquez, Acta No 49, 05-05-94, Gaceta Judicial No 2469, t. CCXXX, p. 665).

TEMA XIV

EXTORSIÓN-TENTATIVA. "El delito de extorsión no es delito de mera conducta, admite la forma amplificadora del tipo conocida como tentativa y para que se consuma se requiere un hacer, omitir o tolerar algo de connotación patrimonial". (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Lisandro Martínez Z., Acta No. 66, 29-09-87, Gaceta Judicial No. 2428, t. CLXXXIX, p.326, con salvamento de voto de los doctores Jorge Carreño Luengas y Gustavo Gómez Velásquez).

LA BILATERALIDAD Y PLURALIDAD EN LA PARTE ACTIVA DE LOS TIPOS PENALES. VICISITUDES

Dr. Pedro Alfonso Pabón Parra

1. La bilateralidad y pluralidad en la parte activa. Vicisitudes

Tema de trascendente importancia en el proceso de adecuación típica está representado por dos fenómenos íntimamente relacionados la pluralidad necesaria en la parte activa y, el problema de la bilateralidad expresa o tásita de determinados contenidos descriptivos.

Así, frente a determinados tipos penales, los sujetos que intervienen, pueden ejecutar simultáneamente la conducta descrita o cada una de ellos pueden realizar sendas conductas típicas; es el problema de los

llamados tipos bilaterales. En tales hipótesis ninguno de los sujetos adquiere la calidad de sujeto pasivo, pese a que en apariencia se les vulnera en interés jurídico protegido, pues simultáneamente cada uno de ellos está vulnerando el mismo bien jurídico.

A su turno la identificación de la parte activa puede referirse a una pluralidad o singularidad de sujetos; cuando se presenta la necesidad típica de concurrencia de varios agentes, el contenido comportamental puede denotar bien una acción uniforme o unitaria, si el actuar de todos converge en un mismo objetivo o una de naturaleza pluriforme o fragmentada -tipos de encuentro- en las que los sujetos realizan sus conductas como parte de una relación complementaria; de los anteriores fenómenos surgen las subclasificaciones del sujeto activo en hipótesis de plurisubjetividad.

El delito de *incesto* (art. 259 C.P.), por su propia naturaleza, exige que el acceso carnal sea realizado por dos sujetos que tienen, el uno respecto del otro, la calidad de ascendiente, descendiente, adoptante, adoptivo o hermano; en este caso, si media el mutuo consentimiento para la realización de la conducta, vemos como se confunden las calidades de agente y sujeto pasivo secundario, ante lo cual ninguno adquirirá esta última categoría.

Son también ejemplos de tipos bilaterales el *cohecho* (arts. 141, 142, y 143 C.P.), en él los sujetos que intervienen en la acción son simultáneamente agentes de sendas infracciones; así el servidor público que recibe o acepta es agente del presente tipo y quien da u ofrece los es del tipo previsto en el art. 143 C.P. Frente a esta clase de tipos penales, los sujetos que intervienen, pueden ejecutar simultáneamente la conducta descrita o cada una de ellos pueden realizar sendas conductas típicas; es el problema de la llamada bilateralidad activa. En esta hipótesis ninguno de los sujetos adquiere la calidad de sujeto pasivo, pese a que en apariencia se les vulnera el interés jurídico protegido, pues simultáneamente cada uno de ellos está vulnerando el mismo bien jurídico.

En el *aborto consentido* (art.343 C.P.), la mujer que permite su aborto y quien lo realiza, ejecutan simultáneamente la conducta típica, por lo que la mujer no puede adquirir la calidad de sujeto pasivo; este será el

concebido y no nacido como titular del derecho a la vida, bien jurídico tutelado y vulnerado.

En aquellos eventos en los cuales se exige la intervención de dos o más sujetos activos, sin una correlativa intervención, no es posible la tipicidad del hecho. Estos casos también han sido denominados por la doctrina como “tipos de encuentro”. El *incesto* (art. 259 C.P.) exige bilateralidad de comportamientos por parte de los sujetos que siendo parientes consuman acceso o acto sexual diverso; con la obvia aclaración de que al encontrarnos en el juicio de tipicidad, no examinaremos, una eventual falta de consentimiento de alguno de los intervinientes, caso en el cual no se perfeccionaría el punible integral bilateral, respecto de quien no asintió la cópula; tal aspecto es propio del examen de culpabilidad.

2. Bilateralidad homogénea

Según la naturaleza de las acciones recíprocas se habla de bilateralidad homogénea o heterogénea; si se trata de actos idénticos estaremos en la primera hipótesis, si son acciones diversas pero absolutamente complementarias o subordinadas se presentará la segunda subespecie.

a) Bilateralidad homogénea por acuerdo

Aquellos tipos penales en los que las acciones de los varios sujetos suponen acuerdo o concierto de voluntades previo o concomitante. El *concierto para delinquir* (art. 186 C.P.) exige el acuerdo o concurrencia de dos o más voluntades para dirigir su actividad en un determinado sentido. La conducta tipificada constituye acto meramente preparatorio de futuras infracciones penales; es un caso excepcional en nuestro sistema penal de represión de los actos preparatorios, dado el peligro social que entraña la conducta; como principio general tales actos no se incriminan ni siquiera a título de tentativa. Para la perfección del tipo no se exige organización material, permanencia en el vínculo o jerarquía, basta el acuerdo de voluntades que en su expresión refleja decisión o resolución con cierto grado de firmeza; no es necesario que los agentes ya posean los medios para la realización de la finalidad. Complemento subjetivo: la acción se debe realizar con la finalidad específica de "cometer delitos": serie de hechos punibles indeterminados; si la finalidad es cometer un solo delito

determinado se aplicarán las reglas de la coparticipación -coautoría, determinación o complicidad- si la acción fin es inculpa por lo menos a título de tentativa.

La *rebelión* (art. 125 C.P.) exige también vínculo consentido, con idéntica materia en los integrantes de la parte activa. Aquí la acción común se concreta en procurar o intentar alguno de los siguientes eventos. Derrocar el gobierno nacional: deponer, destituir o cambiar el gobierno legítimamente constituido; según la definición específica contenida en el art. 115 C.N. constituyen el gobierno: el Presidente de la República, los ministros del despacho y los jefes de Departamentos Administrativos. Suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente: abolir, dejar sin vigencia o cambiar la organización institucional imperante. El tipo especifica los medios a emplear para la tipificación de la conducta, esta se ha de realizar mediante el empleo de armas. La tipicidad de la conducta exige una finalidad específica en los agentes, derrocar al gobierno nacional o suprimir o modificar la organización jurídica vigente. Sobre todos los anteriores elementos debe versar la concurrencia de voluntades.

En el tipo de *asonada* (art.128 C.P.) , el acuerdo tiene idéntico contenido y finalidad exigida en la forma y por los medios señalados en la norma, el evento propuesto como finalidad de la conducta. Compeler o pretender imponer una pretensión por medios y de forma no aceptados por el ordenamiento jurídico. La exigencia por sí misma no es la causa de represión, se reprime fundamentalmente la forma y los medios utilizados.

En esta forma de bilateralidad homogénea se suele distinguir entre el acuerdo simple, temporal u ocasional de aquel que exige cierto grado de permanencia, el concierto para delinquir sería de esta última subespecie, pues él exige no solo un acuerdo para el desarrollo o ejecución de una determinada conducta, sino que supone la unión y obligación recíproca ciertamente duradera. No obstante en general los tipos penales de bilateralidad homogénea son de naturaleza permanente. Esta misma característica la presenta el tipo de *conspiración* (art.130 C.P.), la conducta se concreta en la unión de voluntades que aplica resolución de obrar en forma concreta, ligamen de objetivos o finalidades, unidad de propósito; aspectos esenciales que

dan contenido real al acuerdo; el acuerdo debe tener como finalidad específica la comisión de delitos de rebelión o sedición.

Entre tanto la *sedición* (art. 126 C.P.) el acuerdo debe ser temporal y fragil por propia exigencia típica en cuanto a la finalidad propuesta por los agentes. La conducta se concreta en procurar impedir el libre funcionamiento del régimen constitucional o legal vigente, en este tipo las acciones se orientan a entorpecer la actividad estatal de manera transitoria. Se introduce la circunstancia modal en cuanto la conducta para que sea típica, debe ser realizada mediante el empleo de armas. El complemento subjetivo es el aspecto que diferencia este delito del de rebelión, aquí los agentes deben presentar como finalidad específica del hecho dificultar, obstaculizar o impedir, transitoriamente, el funcionamiento del régimen.

b) Bilateralidad homogénea por contrato

La acción descrita en el tipo penal exige no un acuerdo de voluntades simple, en orden a su realización, sino que requiere la celebración mutua de un contrato en el pleno sentido jurídico de la expresión, no obstante su invalidez sustancial. Es el caso de la *bigamia* (art.260 C.P.) El verbo determinador simple contraer matrimonio y la concreción total de la acción así lo manifiestan Se trata de celebrar un acto formal en virtud del cual dos personas, hombre y mujer, se unen teniendo como fines la procreación, el socorro, la ayuda mutua y la educación de la prole, las formas utilizadas pueden ser civiles o religiosas con validez civil. El verbo utilizado "contraer" es sinónimo de "celebrar" o perfeccionar el acto matrimonial, por lo cual debe llenar las formalidades propias previstas por la ley para su realización. El contrato está presente las dos hipótesis alternativas de ejecución: contraer matrimonio estando ligado por matrimonio anterior válido o contraer matrimonio con persona ligada por matrimonio anterior válido. Esta misma característica la podemos predicar del *matrimonio ilegal* (art. 261 C.P.).

c) Bilateralidad heterogénea

Las acciones que debe ejercer la pluralidad de agentes exigida en el tipo son de naturaleza diversa en los órdenes jurídico o naturalístico, pero

complementarias o necesarias en orden a la configuración ontológica de la respectiva tipicidad.

El *tráfico de estupefacientes* (art. 17, ley 365 de 1997) en relación con la venta, ofrecimiento, adquisición o suministro de droga, pues toda venta supone una compra o adquisición; con lo cual ambas partes intervinientes en la transacción perfeccionan hecho típico.

La figura del *cohecho* (art.141, 142 y 143 C.P.) anteriormente propuesto es también de esta subespecie, pues la entrega presume un receptor y el ofrecimiento implica una aceptación.

Así mismo el tipo de *corrupción al elector* (art. 251 C.P.) describe al unísono tanto la acción de quien paga al elector (compra del voto) como la de este de recibir la respectiva contraprestación (venta del voto).

d) La convergencia en la parte activa

Este fenómeno se presenta cuando un determinado tipo penal exige pluralidad en la parte activa dentro del concepto de finalidad común. Las acciones ya no son bilaterales o recíprocas, sino realizadas en una dirección univalente. Es de anotar que estas formas de comportamiento pueden ser realizadas por un solo sujeto activo, pero permiten intervención plural a manera de auxilio, instigación o inducción.

La acción de *favorecimiento* (art. 176 C.P.) excluye al autor o partícipe de la infracción objeto material del delito. La descripción del agente común, alcanza por tanto al sujeto pasivo, a la víctima o al perjudicado -a excepción de los tipos bilaterales- por el delito base, los cuales en hipótesis también pueden ser favorecedores; lo anterior por la elemental razón de que el interés protegido -derecho, facultad y obligación correlativa de la autoridad para investigar y reprimir los delitos- no puede estar sujeto a la voluntad o al consentimiento del ofendido, pues se trata de un interés público prevalente frente a cualquier consideración subjetivo-volitiva. Elemento naturalístico del sujeto activo desmembrado de la condición típica que exige la no autoría o participación en el delito base por parte del favorecedor, conlleva a que siempre se ha de tratar de un punible realizado por otro

"en cualquier grado de participación" (nadie es punible por encubrirse a sí mismo) y, además debe tratarse de acontecimientos ciertos, jamás los simulados o dudosos. (16).

La acción determinada por el verbo simple: ayudar es prestar cooperación, auxiliar, socorrer, poner medios idóneos para lograr los resultados reseñados en la norma. El verbo definidor ontológicamente significa acto de contribución a la realización de algo, es cooperación a un efecto con el sujeto favorecido, con lo cual incita de manera especial el elemento finalista que por ello no se transmuta en complemento subjetivo, ni puede ser trasladado a la esfera de la culpabilidad, sino que es consecuencia material del verbo utilizado y por tanto integrador del tipo objetivo. La ayuda en nuestro entendimiento, puede realizarse por acción positiva o negativa -acción por omisión-. Esta apreciación se reafirma por la exclusión que en la legislación vigente tiene la omisión de denuncia realizada por particular como tipo autónomo, conducta que no podemos entender descriminalizada sino que puede ser la forma en la que se concreta la determinación genérica de ayuda o colaboración: no poner en conocimiento de la autoridad la comisión conocida de un hecho punible con los fines típicos de elusión u obstrucción. Múltiples pueden ser las acciones pasivas de ayuda -inmersas en el deber general de colaboración con la justicia- que estructuran dogmáticamente el tipo, la omisión también allana obstáculos y crea posibilidades; así, callar el refugio del prófugo o la existencia de pruebas, siempre que se reúnan los restantes elementos del punible, pueden ser acciones idóneas de colaboración.

De igual manera la *receptación* (art. 177 C.P.), en su nueva redacción legal, contenida en el art. 70., de la ley 365 de 1997, concreta la conducta en los verbos de adquirir, poseer, convertir o transmitir; ocultar o encubrir. De esta forma recepta quien esconde o ayuda a esconder el objeto material de la infracción base y quien se lucra del mismo. Implícitamente se observan dos finalidades: el auxilio para el delincuente (ocultar o encubrir) y el lucro para el receptor (adquirir o transmitir). La transmisión puede ser a título gratuito u oneroso; la adquisición puede ser a título de venta, donación, arriendo, préstamo de uso.

También observamos convergencia en la parte activa en la instigación e inducción, cuando la acción descrita propugna o procura que otra

persona ejecute o realice hecho típico. Así, la *instigación a delinquir* descrita en el artículo 188 C.P. bajo la rectoría del verbo incitar denota el mover o estimular a otro hacia la consecución de una finalidad delictiva; no basta la propuesta simple de delinquir, es necesario que esta se presente acompañada de medios persuasivos idóneos para provocar el convencimiento del incitado. La conducta se concretará entonces en el despertar de apetitos, instintos y aún pasiones, en convencer, impulsar eficazmente y con fuerza moral suficiente a la consecución de un fin delictivo. Para la tipicidad del hecho se exige que la acción -incitar- tenga como específica finalidad la comisión de un delito o género de delitos.

En el tipo de *inducción a la prostitución* (art. 308 C.P.), incluido dentro del género del proxenetismo la acción de inducir que rige la descripción significa el persuadir, convencer o atraer, decidir, seducir, fascinar o tentar idóneamente al sujeto pasivo para que este se inicie en prácticas de comercio carnal o prostitución. Entendiéndose por el primero, en sentido amplio, como el mercado de meretrices, alcahuetes y "traficantes de blancas", que con provisión de medios explotan y patrocinan la entrega sexual de otros y, en sentido restringido como la realización del acceso carnal o de acto sexual diverso, como medio para obtener beneficios diferentes a la simple paga económica, que puede ser prebendas laborales, beneficios políticos o sociales y que entrañen siempre una contraprestación por la realización del acto y no requieren habitualidad ni publicidad; por la segunda se comprende la entrega a la actividad sexual por precio, que se realiza con un número indeterminado de personas y de manera habitual y pública.