El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso.

El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia – 2ª instancia – 5 de febrero de 2018

Proceso:                 Penal - Acción de Revisión – Declara fundado

Radicación Nro.: 660012204-003-2017-00110-00

Accionante: EDISON LOPEZ OSORIO

Accionado: Juzgado 2º Municipal de Pereira

Magistrado Ponente:  JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

**TEMA: ACCION DE REVISION/ EXTORSION AGRAVADA Y HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO/ REDOSIFICACIÓN DE PENA / NO APLICA INCREMENTO PUNITIVO DE LEY 890 DE 2004 CUANDO EXISTE ALLANAMIENTO A CARGOS Y SE TRATA DE DELITOS REGULADOS EN LEY 1121 DE 2006 / REITERACIÓN DE PRECEDENTE /** Sobre el tema existe un pronunciamiento puntual de esta Sala dentro de la acción de revisión promovida por RJGR, decisión del 24 de noviembre de 2015 M.P. Manuel Yarzagaray Bandera, en la cual se dijo lo siguiente: **“…**Pero posteriormente la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, a partir de la sentencia del 27 de febrero de 2.013, Rad. # 33.254, varió un tanto dicha línea de pensamiento, al considerar que en los delitos regulados por la Ley # 1121 de 2006 que eran susceptibles de la prohibición de una serie de beneficios y que serían objeto de incrementos punitivos acorde con lo reglado por la ley 890 de 2.004, dichos incrementos punitivos perderían su razón de ser en aquellos eventos en los cuales el encausado se allanaba a los cargos, porque con los mismos se generaban unas sanciones excesivas que atentaban en contra de los postulados que orientan el principio de proporcionalidad de la pena.”

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P.** **JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Proyecto aprobado mediante acta Nro. 108 del cinco (5) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

Pereira, ocho (8) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

Hora: 9:03 a.m.

|  |  |
| --- | --- |
| Radicación | 66001 22 04 003 2017 00 |
| Accionante  | Edison López Osorio |
| Delito | Extorsión agravada en grado de tentativa y otro  |
| Juzgado Accionado  | Juzgado Segundo Penal del Municipal de Pereira Risaralda  |
| Asunto  | Resolver la acción de revisión interpuesta en contra por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Pereira. |

**1. ASUNTO A DECIDIR**

Procede la Sala de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a proferir el correspondiente fallo en el cual se resuelve lo relacionado con la Acción de Revisión impetrada por la defensora del señor Edison Osorio López, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 2º Penal Municipal con Función de Conocimiento de Pereira, en la cual se declaró la responsabilidad del citado ciudadano y del señor Juan Walter Vallejo Carmona, como coautores de un concurso de delitos de extorsión agravada en grado de tentativa y hurto calificado agravado, donde resultó afectada la señora Beatriz Eugenia López Guarnica.

**2. SOBRE LA SUSTENTACIÓN DE LA ACCIÓN DE REVISIÓN PROPUESTA.**

En la audiencia adelantada el 14 de diciembre de 2017, se presentaron las siguientes intervenciones:

3.1 APODERADA DEL ACUSADO

* Pretende que se re dosifique la pena de 120 meses de prisión que se le impuso al señor Edison López Osorio, por los delitos de extorsión y de hurto entre otros.
* Antes de la sentencia del 27 de febrero de 2013, de la SP de la CSJ, esa actividad de redosificación de pena se venía haciendo por parte de los jueces de E.P.M.S., hasta que se produjo la decisión del órgano de cierre en materia penal, que indicó que se debía tramitar a través de una acción de revisión.
* Su representado fue condenado a una pena de 120 meses de prisión por los delitos de hurto y extorsión. Solicita la redosificación de esa sanción con el fin de obtener una rebaja de pena y en lo posible pedir al juez de EPMS la libertad por pena cumplida de su representado, en virtud de la decisión del 26 de febrero de 2013 de la Corte Suprema de Justicia M.P. José Leónidas Bustos Martínez.

3.2 DELEGADO DE LA F.G.N

* La petición de la defensora está sustentada esencialmente en una decisión del 27 de febrero de 2013 de la SP de la CSJ, radicado 33254, pronunciamiento que es posterior a la sentencia dictada en contra del señor López Osorio.
* La sentencia CSJ SP del 27 de febrero de 2013 radicado 33254, es posterior a la que se dictó contra el señor Edison López Osorio. Esa sentencia da a entender que no se deben aplicar los incrementos previstos en la ley 890 de 2004, cuando se presentan dos situaciones fundamentales: i) la primera que no se haya hecho ningún tipo de rebaja al procesado; y ii) que no se hubiera presentado un preacuerdo del cual se hubiera podido derivar alguna situación favorable para el incriminado.
* Existen sentencias posteriores como CSJ SP del 30 de abril de 2014, radicado 41157, donde se expuso que el incremento punitivo establecido en el artículo 14 de la ley 890 de 2004, se justifica por la existencia de un sistema de derecho premial, en el cual se aplican mecanismos como el principio de oportunidad, la reducción de pena por allanamiento a cargos, etc.
* En el presente caso se advierte que al procesado no se le reconoció ninguna rebaja como consecuencia de su aceptación de cargos, y por el contrario se le aplicó el incremento punitivo previsto en la ley 890 de 2004.
* Como consecuencia de la solicitud de su defensora se puede acceder a la redosificación de la pena impuesta al procesado, sin que sea posible la concesión de subrogados penales ya que se supera el factor objetivo previsto en el artículo 63 del C.P.

3.3 DELEGADO DEL MINISTERIO PÚBLICO

* Indicó que la acción de revisión, constituye una excepción al principio de cosa juzgada, por lo cual su solicitud no es un escrito de creación libre, sino que exige tener en cuenta unos requisitos formales.
* Aunque en ese caso ya se admitió la acción propuesta, debe tenerse en cuenta que la misma tiene dos componentes: i) uno literal; y ii) otro oral que son complementarios.
* La pretensión no fue sustentada debidamente ya que la peticionaria solamente hizo referencia a una sentencia, a una pena, a unos delitos y a un precedente jurisprudencial que podría ser aplicado al caso que nos ocupa.
* Pese a que el delegado de la FGN trató de subsanar esa falencia de la accionante, no se cumplió con esa exigencia, ya que la SP de la CSJ ha manifestado que no basta con invocar de manera abstracta un precedente como la sentencia CSJ SP 33254 del 27 de febrero de 2013, o exponer el caso de manera general, ya que se debe plantear porque razón ese pronunciamiento se adecua al caso *sub examen,* para buscar la declinación de la sentencia dictada contra el acusado.
* Sin embargo y al aplicarse un concepto de justicia, debe entenderse que en este caso por causa del allanamiento a cargos del procesado, no resultaba aplicable el incremento punitivo previsto en la ley 890 de 2004, según el precedente citado.
* Pese a ello cabe preguntarse: ¿en qué sentido se debe re dosificar la sanción y cuáles son las consecuencias de la misma?
* La causal invocada se debe declarar fundada. Sin embargo de prosperar la acción se debe dejar sin efectos el ejercicio de dosificación punitiva contenido en el fallo de primera instancia, ya que el señor López fue condenado por un concurso de delitos de hurto calificado y agravado consumado y de extorsión agravada en modalidad tentada, lo que genera una situación particular.
* Si se redosifican las penas para estas conductas se advierte lo siguiente: i) para el delito de extorsión agravada tentada sin el incremento de la ley 890 de 2004 se estaría entre los baremos de 144 a 192 meses de prisión, que el ser incrementados por virtud del numeral 3º del artículo 345 del C.P. tendría un aumento de la tercera parte; ii) como quiera que se trata de un incremento en una proporción, ésta afectaría al extremo máximo; iii) en ese entendido la pena básica para el delito de extorsión agravada iría de 144 a 256 meses; iv) por tratarse de un delito imperfecto debe reconocerse la disminución punitiva prevista en el artículo 27 del C.P.; v) para el caso concreto del señor López, la pena para el delito de extorsión agravada tentada varía entre 72 y 192 meses de prisión y la multa que sería entre 300 a 900 SMLMV; vi ) en cuanto al delito de hurto calificado y agravado de acuerdo al artículo 240 inciso 2º C.P. se trató de un hurto consumado con violencia sobre las personas. En este caso la pena oscilaría entre 96 a 192 meses y como quiera que se está hablando de una causal de agravación por el artículo 241 *ibídem,* la pena se incrementaría de la mitad a las tres cuartas partes.
* Ahora bien por tratarse de dos extremos en incremento, el menor aumento se aplicará a la pena mínima y el mayor incremento a la máxima. En consecuencia, la pena mínima partiría de 96 más 48 que sería la mitad de 144 meses y la máxima de 192 más las tres cuartas partes que serían 144, y se fijaría en 336 meses.
* Con esa tasación el delito con mayor sanción seria el hurto calificado y agravado, cuya pena oscilaría entre 144 y 336 meses.
* Si se manejan los mismos criterios que tuvo en cuenta el juez al momento de dictar la sentencia de aplicar la sanción mínima al delito más grave tendríamos que la pena mínima para el delito de hurto calificado y agravado sería de 144 meses que supera la sanción impuesta que fue de 120 meses y entonces no se estaría respetando el principio de justicia.
* Sin embargo, en la sentencia no se hizo referencia a esa situación particular, ya que el juez simplemente se limitó a dictar su fallo y a inaplicar la normatividad del sistema premial que favorecía al procesado, porque frente al delito de hurto calificado y agravado, no operaba ninguna restricción para reconocerle la rebaja de que trata el inciso 2º del artículo 352 del C.P.
* De cara al inciso final del artículo 352 del CPP, frente al delito de hurto calificado y agravado habría que reconocerle al procesado una rebaja de una tercera parte de la pena. En ese caso entonces, como se partió del mínimo para el caso concreto que era 144 meses, la tercera parte sería 48 quedando la pena para ese delito en 96 meses.
* Así las cosas lo que se haría es una mutación de los órdenes de los delitos sin que ello vaya a afectar finalmente la dosificación punitiva impuesta en el fallo original, ya que en la sentencia el señor Edison López Osorio recibió una condena de 96 meses por la extorsión tentada y 24 meses por el concurso con el hurto calificado y agravado, en este caso la redosificación punitiva de ambas conductas se invierte, de modo que el hurto calificado y agravado tendría una pena de 96 meses, en tanto que por el concurso con la extorsión agravada se respetaría el margen de discrecionalidad que tuvo el juez de acuerdo al artículo 31 del C.P., lo que significa que se conservarían los mismos 24 meses frente al *contra jus* de extorsión, situación que deja incólume la sentencia que se pide revisar.
* En conclusión, según el concepto del delegado del Ministerio Publico, resulta innecesario sustituir la pena principal de prisión y entonces se verificaría si la pena de multa que le fue impuesta al acusado por el delito de extorsión sufriría alguna modificación, y es allí cuando haciendo la revisión puntual de la pena de multa como principal, que en el caso concreto fue fijada en 535 SMLMV, este valor no podría ser superior a 100 SMLMV.
* En consecuencia su solicitud es que se declare fundada la causal de revisión invocada, sin que haya lugar a dejar sin efecto el ejercicio de dosificación punitiva porque no se puede sustituir la sanción que no sufriría variación, ya que a la postre se llegaría a la fijación de la misma pena.

**4. CONSIDERACIONES LEGALES.**

4.1 Esta Colegiatura es competente para decidir la presente acción, con base en lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 34 del C.P.P., ya que la sentencia cuya revisión se solicita fue dictada por el Juzgado 2º Penal Municipal con Función de Conocimiento de esta ciudad, el 6 de marzo de 2012.

4.2 En consecuencia se debe decidir si en el caso *sub lite* resulta aplicable la causal establecida en el numeral 7º del artículo 192 C.P.P. para la procedencia de la acción de revisión presentada contra de la sentencia en mención.

4.3 En el caso *sub examen,* se parte de los siguientes hechos probados:

4.3.1 El señor Edison López fue condenado por el Juzgado 2º Penal Municipal con Función de Conocimiento de Pereira, el seis de marzo de 2012 a la pena de ciento veinte (120) meses de prisión[[1]](#footnote-1)como responsable del concurso de conductas punibles antes mencionado.

4.3.2 La sentencia en mención tuvo como fundamento el allanamiento a cargos del señor López Osorio, que se hizo efectivo en la audiencia preparatoria que se adelantó el 29 de abril de 2011.[[2]](#footnote-2)

4.3.3 Al hacer el ejercicio de dosimetría penal frente al delito de extorsión agravada en grado de tentativa, el fallador tuvo como base la pena establecida en el artículo 244 del C.P, con la circunstancia de agravación específica prevista en el artículo 245 *ibídem.* La sanción se fijó con base en el *plus* punitivo establecido para este delito en el artículo 14 de la ley 890 de 2004, sin que se le reconociera al procesado ningún descuento por causa de su avenimiento a los cargos.

En ese sentido se expuso lo siguiente en el fallo de primer grado:

*“(...) Como claramente se ha planteado, al implicado en la ilicitud se le formularon cargos por el delito de EXTORSIÓN, en el grado de ten tentativa. Dicha conducta es regulada y sancionada por el artículo 244 del Código Penal, que establece una pena a imponer que oscila entre 144 y 192 meses de prisión y multa de 600 a 1200 salarios mínimos legales mensuales vigentes, sanción que, de conformidad con el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, debe incrementarse en una tercera parte el mínimo y en la mitad el máximo, quedando como sanción para esa ilicitud, la que oscila entre 192 y 288 meses de prisión y multa de 800 a 1800 salarios mínimos mensuales legales vigentes, misma que por razón a la circunstancia de agravación punitiva debe aumentarse conforme al artículo 245 del Código Penal (hasta en una tercera parte), que deberá imputársele al máximo de la sanción a imponer, conforme al artículo 60 ídem, por lo que se obtiene como pena la que oscila entre192 y 384 meses de prisión, la multa será de cuatro mil (4.000) a nueve mil (9.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Sin embargo, como la ilicitud se calificó en el grado de tentativa, se dará aplicación a lo reglado por el artículo 27 del Código Penal, o sea, la penalidad no podrá ser inferior a la mitad del mínimo, ni mayor de las tres cuartas partes del máximo, es decir, se obtiene como pena a determinar la que oscila entre 96 a 288 meses de prisión y multa de 2000 a 6750 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Por lo tanto, conforme a los lineamientos del artículo 61 del Código Penal, los cuartos para la pena de prisión, quedarán así:*

*4to. Mínimo: De 96 a 144 meses de prisión.*

*1er. Cuarto medio: De 144 meses y 1 día a 192 meses.*

*2do. Cuarto medio: De 192 meses y 1 día a 240 meses.*

*4to. Máximo: De 240 meses y 1 día a 288 meses.*

*En cuanto a la multa, quedarán los cuartos así:*

*4to.Mínimo: De 2000 a 3187.5 s.m.l.m.v.*

*1er.Cuarto medio: De 3.187.5 a 4.375 s.m.l.m.v*

*2do.Cuarto medio: De 4.375 a 5.562.5 s.m.l.m.v*

*4to.Máximo: De 5.562.5 a 6.750 s.m.l.m.v.*

*Debe el despacho ubicarse dentro del cuarto mínimo por cuanto no le figuran a JUAN -WALTER VALLEJO CARMONA Y EDISON LÓPEZ OSORIO circunstancias de mayor punibilidad. De allí este juzgador considera viable escoger el tope menor, o sea, 96 meses de prisión y multa de 2000 salarios mínimos legales mensuales vigentes (para la época de los hechos - año 2011- ). Se parte de la pena mínima porque si bien es cierto estamos frente a una ilicitud que despierta ostensible zozobra en la sociedad, por su gravedad, también hay que tener en cuenta que JUAN WALTER VALLEJO CARMONA Y, EDISON LÓPEZ OSORIO de cierta manera colaboraron con la judicatura, por lo menos al considerarse culpables de las ilicitudes y con ello evitaron el trámite de un juicio oral, o-, sea, al aceptar los cargos de la Fiscalía, dejaron expedito el camino para que este juzgado diera fin al proceso, con la emisión de la sentencia que en derecho y en primera instancia corresponde, como se hace en esta oportunidad. Además de esa situación hay que decir, que el legislador instituyó para la ilicitud cometida una sanción y prohibición de otorgar beneficios; lo que da a entender que lleva su propio escarmiento, aunado a ello, se sabe que el delito de Extorsión, se cometió en afluencia con el de Hurto Calificado y Agravado, por lo cual habrá de aumentarse aquella sanción hasta en otro tanto; como lo dispone el artículo 31 del Código de Penas, para ello, hay que decir que las circunstancias que rodearon aquella conducta punible, valga decir, la del hurto, fueron ostensiblemente graves, pues, no solamente se usurpó el patrimonio económico de la víctima, sino que la violencia contra ella ejercida no solamente fue síquica o moral sino de connotaciones físicas, que aunque no se cuenta con un dictamen médico legal que certifique ese menoscabo en su cuerpo y salud, sí ha de decirse que claramente esa violencia física fue expuesta por La Fiscalía que adelantó el caso y admitida por los encartados, violencia que tal vez ni hubiera tenido que haberse presentado, pues hay que tener en cuenta que la víctima era una indefensa dama y que quienes actuaron en la ilicitud era un número plural de sujetos activos. Por lo anterior, considera el despacho viable aumentar la pena a imponer, por ese concurso de delitos, en 24 meses más, para quedar como sanción que en definitiva se impondrá la de 120 meses de prisión, la multa no se aumentará, porque como viene de verse el concurso se dio con una conducta que sólo conlleva como sanción pena privativa de la libertad.*

*Es de reiterar la advertencia que cuando se hizo la imputación efectuó la Fiscalía del caso y este juzgado a los implicados, en cuanto a que no les asiste ningún beneficio por motivo de la aceptación de los cargos, en razón a la clase de ilícito cometido, tal y como lo ordenó el legislador en el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006.*

*Como pena accesoria, se le impondrá la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un tiempo igual al de la pena de prisión.*

*En la parte resolutiva se dijo:*

*PRIMERO: CONDENAR a JUAN WALTER VALLEJO CARMONA, identificado con la CC No. 6.162.766 expedida en Buenaventura; Valle, y EDISON LÓPEZ OSORIO, identificado con la cédula de ciudadanía número 1.004.767.540, expedida en Marsella; Risaralda, a la pena principal de CIENTO VEINTE (120) MESES DE PRISIÓN Y MULTA equivalente a 3000 salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época de los hechos (2011, $ 535.600.oo), esto es por valor de $ 1.606.800.000.oo en favor del Consejo Superior de la Judicatura, la que deberá ser consignada en la cuenta del Banco Agrario número 3- 0070-000030-4 multas y cauciones efectivas, dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria del presente fallo, como coautores responsables del delito de extorsión en el grado de tentativa en concurso con Hurto Calificado y Agravado, realizado en contra de la señora BEATRIZ EUGENIA LÓPEZ GUARNICA.*

*SEGUNDO: CONDENAR a los mismos ciudadanos JUAN WALTER VALLEJO CARMONA Y EDISON LÓPEZ OSORIO a la pena accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un tiempo igual al de la pena de prisión.*

4.3.4 La causal de revisión por cambio de jurisprudencia más favorable, se encuentra establecida en el numeral 7º del del artículo 192 C.P.P.Sus requisitos fueron definidos en CSJ SP del 15 de agosto de 2013, radicado 40093, donde se dijo lo siguiente:

*“... La Sala ha determinado que la alegación de la causal 7ª del artículo 192 de la Ley 906 de 2004, según la cual la acción de revisión procede “cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria, tanto respecto de la responsabilidad como de la punibilidad”, debe cumplir como mínimo los siguientes requisitos:*

1. *Que se dirija contra una sentencia ejecutoriada cuya condena se haya fundamentado en un criterio jurisprudencial específico de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal;*
2. *Que el referente jurisprudencial de la Sala Penal se cambie mediante un fallo proferido con posterioridad a la providencia que se revisa;*
3. *Que a través de un análisis comparativo se pueda demostrar que fundamentado en el nuevo razonamiento jurídico el proveído atacado habría sido más beneficioso para el demandante.*

*Sobre esta causal, en vigencia de la Ley 600 de 2000, que la consagraba en el numeral 6º del artículo 220, señaló la Sala que “es indispensable que el actor no solamente demuestre cómo el fundamento de la sentencia cuya remoción se persigue es entendido por la jurisprudencia de modo diferente, sino que, de mantenerse, comportaría una clara situación de injusticia, pues la nueva solución ofrecida por la doctrina de la Corte conduciría a la sustitución del fallo”, y que por tanto, “no resulta suficiente invocar abstractamente la existencia de un pronunciamiento del máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, o de señalar uno concreto pero desconectado de la solución del caso, sino que resulta indispensable, además, demostrar cómo de haberse conocido oportunamente por los juzgadores la nueva doctrina sobre el punto, el fallo cuya rescisión se persigue habría sido distinto”*[*2*](file:///F%3A%5CJURISPRUDENCIA%20CSJ%201995-2014%5C2013%5Cagosto%5C40093%2815-08-13%29.html#footnote1)*, criterio que cabe reiterar frente al mismo supuesto establecido ahora en el numeral 7º del artículo 192 de la Ley 906 de 2004.*

4.3.5 Al aplicar lo antes enunciado al caso en estudio podemos observar que se cumplen a cabalidad esos requisitos, en razón a lo siguiente: i) la sentencia contra Edison López Osorio se dictó el 6 de marzo de 2012 y se encuentra en firme; ii) el procesado aceptó cargos por los delitos de extorsión agravada tentada y hurto calificado agravado; iii) no se le hizo ninguna reducción de pena como consecuencia de su avenimiento a la acusación; y iv) con posterioridad la SP de la CSJ adoptó un criterio más favorable en lo relativo a la inaplicación de los incrementos punitivos establecidos en el artículo 14 de la ley 890 de 2004, para el caso de personas que tenían restricción para reducirles pena, con base en figuras propias del derecho premial, de acuerdo a lo dispuesto en la ley 1121 de 2006.

4.3.6 Sobre el tema existe un pronunciamiento puntual de esta Sala entro de la acción de revisión promovida por Rubiel de J. Gallego Ramírez, decisión del 24 de noviembre de 2015 M.P. Manuel Yarzagaray Bandera, en la cual se dijo lo siguiente:

*“(...)*

*“...en la actuación se demostró que el otrora enjuiciado RUBIEL DE JESÚS GALLEGO RAMÍREZ unilateralmente aceptó los cargos que le fueron endilgados en la audiencia de formulación de la imputación, pero que al momento de dosificar la pena, el Juez del Conocimiento no aplicó los descuentos punitivos que por regla general operarían en favor de GALLEGO RAMÍREZ por haberse allanado a los cargos, lo cual era una consecuencia de las prohibiciones del artículo 26 de la Ley 1121 de 2006 debido a que uno de los delitos por el cual el encartado se allanó a los cargos era el reato de extorsión. De igual forma, el Juez Cognoscente al momento de dosificar las penas lo hizo en consonancia con los incrementos punitivos consagrados en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.*

*Para la Sala, en un principio lo acontecido en el ámbito de la punibilidad tasada en el fallo cuestionado por el accionante, bien puede ser catalogado como correcto, debido a que la línea jurisprudencial que estaba vigente para esa época, consignada a partir de la sentencia del 21 de marzo de 2.007. Rad. # 2.606, era la del criterio consistente en que los postulados punitivos de la Ley 890 de 2004 se aplicaban de manera indiscriminada para todos los procesos penales que se regían bajo la egida de la ley 906 de 2.004 que implementó en nuestro país el sistema penal de corte acusatorio.*

*Pero posteriormente la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, a partir de la sentencia del 27 de febrero de 2.013, Rad. # 33.254, varió un tanto dicha línea de pensamiento, al considerar que en los delitos regulados por la Ley # 1121 de 2006 que eran susceptibles de la prohibición de una serie de beneficios y que serían objeto de incrementos punitivos acorde con lo reglado por la ley 890 de 2.004, dichos incrementos punitivos perderían su razón de ser en aquellos eventos en los cuales el encausado se allanaba a los cargos, porque con los mismos se generaban unas sanciones excesivas que atentaban en contra de los postulados que orientan el principio de proporcionalidad de la pena.*

*Para una mejor comprensión, consideramos de utilidad traer a colación lo que la Corte dijo en dicho precedente sobre este tópico:*

*“Pues bien, a partir de la reseña normativa y jurisprudencial efectuada en el acápite inmediatamente anterior, la Sala reitera que el aumento genérico de penas incorporado al ordenamiento jurídico a través del art. 14 de la Ley 890 de 2004, únicamente encuentra justificación en la concesión de rebajas de pena por la vía de los allanamientos o preacuerdos, regulados en la Ley 906 de 2004.*

*Las disminuciones de pena a las que se llegaría por la aplicación de tales mecanismos de justicia premial justificó que el legislador, desde la óptica del principio de proporcionalidad, ajustara los límites punitivos a fin de mantener la consonancia entre la gravedad de los delitos y las consecuentes penas, conforme a lo estimado a la hora de expedir el Código Penal y sus respectivas reformas.*

*De otro lado, el art. 14 de la Ley 890 de 2004, como lo declaró la sentencia C-238 de 2005, se ajusta a la Constitución, apreciación que, salvo las precisiones que a continuación se realizarán, esta Corte comparte; pues habiendo examinado los antecedentes de la Ley, encuentra que, en su momento, en el concreto ejercicio de fijación de las sanciones punitivas el legislador justificó la necesidad de la medida en términos de política criminal, con respeto a los límites dictados por el principio de proporcionalidad.*

*No obstante, a la hora de conjugar su aplicación con la prohibición de descuentos punitivos, incorporada a través del art. 26 de la Ley 1121 de 2006, salta a la vista la vulneración del principio de proporcionalidad de la pena.*

*En efecto, al vincular la norma con la realidad que en la actualidad pretende regular, se presenta la siguiente situación: el fundamento del aumento genérico de penas estriba en la aplicación de beneficios punitivos por aceptación de cargos. Sin embargo, el art. 26 de la Ley 1121 de 2006 impide cualquier forma de rebaja, tanto por allanamiento como por preacuerdo.*

*Bajo ese panorama, pese a admitirse la legitimidad de la prohibición de descuentos punitivos (art. 26 de la Ley 1121 de 2006), en tanto medida de política criminal en lo procesal, salta a la vista una inocultable y nefasta consecuencia, a saber, el decaimiento de la justificación del aumento de penas introducido mediante el art. 14 de la Ley 890 de 2004 o, lo que es lo mismo, la desaparición de los fundamentos del plurimencionado incremento punitivo.*

*Esa consecuencia implica, pues, afirmar que en relación con los delitos enlistados en el art. 26 de la Ley 1121 de 2006 –en eventos cuyo juzgamiento se gobierna por la Ley 906 de 2004--, el aumento de penas de la Ley 890 se ofrece injustificado en la actualidad, en tanto el legislador únicamente lo motivó en las antedichas razones, de orden meramente procesal, sin ninguna otra consideración de naturaleza penal sustancial o constitucional.*

*De manera pues que si un aumento de penas carente de justificación se traduce en una medida arbitraria, la aplicación del incremento genérico del art. 14 de la Ley 890 de 2004 a los delitos previstos en el art. 26 de la Ley 1121 de 2006 deviene en desproporcionada.*

*(…)*

*Por consiguiente, a la luz de la argumentación aquí desarrollada, fuerza concluir que habiendo decaído la justificación del aumento de penas del art. 14 de la Ley 890 de 2004, en relación con los delitos incluidos en el art. 26 de la Ley 1121 de 2006 --para los que no proceden rebajas de pena por allanamiento o preacuerdo--, tal incremento punitivo, además de resultar injusto y contrario a la dignidad humana, queda carente de fundamentación, conculcándose de esta manera la garantía de proporcionalidad de la pena…”[[3]](#footnote-3).*

*Es de anotar que el precedente antes enunciado -que se puede catalogar como el fundante de una nueva línea jurisprudencial- hasta el momento se ha mantenido vigente como bien lo ha destacado la Corte de la siguiente manera:*

*“Esta línea de interpretación ha venido siendo acogida en diversos pronunciamientos de la Sala (CSJ SP 19 Jun 2013, Rad. 39719; CSJ AP 11 Nov 2013, Rad. 36400), no solo en sede de casación, sino especialmente en revisión (CSJ SP 12 Dic 2013, Rad. 41152; CSJ SP 11 Dic 2013 Rad. 42041), en casos en los que ha tenido que removerse la cosa juzgada ante el cambio de jurisprudencia, lo que a su turno ha conllevado a la re dosificación de la pena prescindiendo del incremento sancionatorio del artículo 14 de la Ley 890 de 2004, pero manteniendo la proscripción de cualquier tipo de reducción de pena por aceptación de responsabilidad, ya sea por la vía de los preacuerdos, negociaciones o allanamientos a cargos…”[[4]](#footnote-4).*

*En consecuencia, todo lo antes enunciado nos indica que en el presente asunto está plenamente demostrada la causal de la acción de revisión aludida por el libelista, porque en efecto el reo RUBIEL DE JESÚS GALLEGO RAMÍREZ, como consecuencia de su deseo de allanarse a los cargos, fue condenado con base en una serie de lineamientos jurisprudenciales que posteriormente fueron variados de manera favorable a sus intereses, que implicó una nueva forma de pensar a la que llegó la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que envolvía la inaplicación de los incrementos punitivos de la ley 890 de 2.004 en aquellos delitos en los que los procesados se hayan allanado a cargos que serían susceptibles de las prohibiciones consignadas en la Ley # 1121 de 2006.*

4.3.7Por su parte la SP de la CSJ en reciente pronunciamiento del 29 de noviembre de 2017, radicación 50165 manifestó lo siguiente:

*(...)*

 *Se observa en la carpeta contentiva de las diligencias que WILSON ÁVILA fue condenado como autor del delito de extorsión agravada en concurso homogéneo sucesivo en razón de la aceptación libre y voluntaria de los cargos ocurrida en audiencia de formulación de imputación celebrada el 13 de noviembre de 2009 ante el Juzgado 53 Penal Municipal con Función de Control de Garantías[[5]](#footnote-5).*

 *Con todo, las instancias no le reconocieron al sentenciado ningún descuento punitivo como consecuencia del allanamiento, pues al tenor del artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, respecto del delito de extorsión no proceden rebajas de pena por ese motivo.*

*Sin perjuicio de lo anterior, al dosificar la pena imponible, el fallador de primera instancia, con la aquiescencia del Tribunal, tuvo en cuenta y aplicó el aumento genérico de penas del artículo 14 de la Ley 890 de 2004.*

*3. Aunque esa decisión no merecía ningún reproche al momento de ser proferida, pues se ajustó en su integridad a las normas legales y jurisprudenciales entonces vigentes, es lo cierto que el 27 de febrero de 2013, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el proceso con radicado 33254, profirió la sentencia en la que se estableció como regla jurisprudencial que al dosificar la sanción no resulta admisible considerar el incremento genérico de penas de la Ley 890 de 2004 cuando quiera que i) el procesado se allane a cargos o celebre un preacuerdo con la Fiscalía, y; ii) se proceda respecto alguna de las conductas punibles frente a las cuales, por mandato del artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, no proceden rebajas de pena por aceptación de cargos:*

*Por consiguiente, a la luz de la argumentación aquí desarrollada, fuerza concluir que habiendo decaído la justificación del aumento de penas del art. 14 de la Ley 890 de 2004, en relación con los delitos incluidos en el art. 26 de la Ley 1121 de 2006 --para los que no proceden rebajas de pena por allanamiento o preacuerdo-, tal incremento punitivo, además de resultar injusto y contrario a la dignidad humana, queda carente de fundamentación, conculcándose de esta manera la garantía de proporcionalidad de la pena…*

*Así mismo, en ejercicio de su función de unificación de la jurisprudencia, la Sala advierte que, en lo sucesivo, una hermenéutica constitucional apunta a afirmar que los aumentos de pena previstos en el art. 14 de la Ley 890 de 2004 son inaplicables frente a los delitos reseñados en el art. 26 de la Ley 1121 de 2006. No sin antes advertir que tal determinación de ninguna manera comporta una discriminación injustificada, en relación con los acusados por otros delitos que sí admiten rebajas de pena por allanamiento y preacuerdo, como quiera que, en eventos de condenas precedidas del juicio oral, la mayor intensidad punitiva no sería el producto de una distinción arbitraria en el momento de la tipificación legal, ajustada por la Corte, sino el resultado de haber sido vencido el procesado en el juicio, sin haber optado por el acogimiento a los incentivos procesales ofrecidos por el legislador; mientras que, frente a sentencias condenatorias por aceptación de cargos, la menor punibilidad, precisamente, sería la consecuencia de haberse acudido a ese margen de negociación, actualmente inaccesible a los delitos referidos en el art. 26 de la Ley 1121 de 2006...”*

*(...)*

*En ese orden de ideas, resulta evidente que con posterioridad a la ejecutoria de los fallos de instancia se produjo un cambio jurisprudencial que es aplicable al caso del accionante y le resulta favorable; por ende, ninguna controversia suscita la efectiva configuración de la causal de revisión invocada y se hace necesario, entonces, ajustar la pena que se le irrogó.*

4.3.8 Por lo tanto se debe tener en cuenta que en el caso *sub lite,* la pena a aplicar para el delito de extorsión sería la prevista originalmente en el artículo 244 del C.P, es decir prisión de 144 a 192 meses de prisión, que se debe incrementar hasta en una tercera parte por aplicación del artículo 245 *ibídem.* Ahora bien, el inciso 3º del artículo 60 del C.P. dispone que:

*“Si la pena se aumenta hasta en una proporción, esta se aplicara al máximo de la infracción básica”.*

En consecuencia se entiende que la pena para el contra jus de extorsión agravada, oscilaría entre 144 y 256 meses de prisión.

Por tratarse de un *conatus,* la pena corporal no puede ser inferior a la mitad del mínimo (72 meses de prisión), ni mayor de las tres cuartas partes del máximo (192 meses de prisión. En cuanto a la pena de multa se tiene que la misma estaba fijada inicialmente entre 600 a 1.200 SMLMV. Al hacerse la reducción en virtud de lo dispuesto en el artículo 27 del C.P., la sanción pecuniaria oscilaría entre 300 SMLMV y 900 SMLMV.

4.3.9 Ahora bien, siguiendo los derroteros del fallo de primera instancia, en lo que atañe al delito de extorsión se aplicaría la pena mínima es decir 72 meses de prisión y multa de 300 SMLMV, que es la que se debe fijar al procesado como consecuencia de la prosperidad de la acción de revisión propuesta con base en la causal 7ª del artículo 192 del CPP.

4.3.8 Sin embargo, en el caso en estudio se presenta una situación compleja que fue puesta de presente por el señor delegado del Ministerio Publico, en su ponderada intervención, ya que en este caso se procedió por un concurso de delitos de extorsión tentada y hurto calificado agravado (consumado), artículos 40 inciso 2º y 241, numeral 10, que genera el siguiente cuadro punitivo:

Por el hurto calificado previsto en el artículo 240, inciso 2º del C.P, la pena a imponer oscila entre 96 a 192 meses de prisión. Al ser agravado por la intervención de un sujeto activo plural (artículo 241 -10 C.P), esa pena se incrementaría de la mitad a las ¾ partes.

Como el artículo 60 del C.P. establece que: *“Si la pena se aumenta en dos proporciones, la menor se aplicara al mínimo y la mayor al máximo de la infracción básica”,* el ejercicio de dosimetría penal para este delito llevaría a una pena que se fijaría entre 144 meses de prisión y 336 meses de prisión.

4.3.9 Como en el caso *sub examen* se partió del mínimo del primer cuarto de pena frente al *actus reus* de extorsión agravada, hay que manifestar que traspolando la decisión del juez de primer grado sobre ese tópico, al hacer la reducción para el tipo de extorsión con base en la acción de revisión propuesta, y siguiendo las reglas del artículo 31 del C.P, habría que partir de la pena concreta más alta (144 meses de prisión) que es la fijada para el tipo de hurto calificado agravado y que de reconocerse oficiosamente la rebaja de la tercera parte de esta pena en virtud del allanamiento a cargos del procesado frente a este delito, conforme al artículo 352 del CPP quedaría en 96 meses de prisión.

4.3.10 Sin embargo este ejercicio resultaría notoriamente desfavorable para el acusado Edison López Osorio ya que se debe incrementar la pena por el conatus de extorsión agravada, quien fue sentenciado a la pena de 120 meses de prisión y multa equivalente a 3.000 SMLMV, mediante sentencia que adquirió firmeza, por lo cual de manera paradójica resultaría desfavorecido como consecuencia de la prosperidad de la presente acción de revisión.

4.3.11 Frente a esta situación la Sala estima que como no se puede negar la revisión del fallo atacado al cumplirse los presupuestos del numeral 7º del artículo 192 del CPP, la única opción posible vendría a ser retomar los derroteros del fallo de primera instancia, y al hacer la reducción punitiva derivada de la jurisprudencia invocada por la accionante, se debe fijar la pena para la extorsión agravada tentada en 72 meses de prisión y multa de 300 SMLMV.

Igualmente se debe dejar vigente el aumento de los 24 meses de pena que se impuso en primera instancia por el delito de hurto calificado agravado (que no acarrea sanción pecuniaria), aclarando que seguramente por haberse adoptado esa sanción como incremento concursal por el delito de hurto calificado agravado, el *A quo* prescindió de hacer alguna consideración sobre la reducción de pena para ese delito derivada del allanamiento a cargos del procesado.

4.3.12 En consecuencia se fijará al señor Edison López Osorio, una pena definitiva de noventa y seis (96) meses de prisión y multa de 300 SMLMV, la cual no excede el término de privación física de la libertad que lleva el procesado, quien fue detenido el 12 de febrero de 2011[[6]](#footnote-6) y a quien se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en local carcelario el 13 de febrero de 2011[[7]](#footnote-7)

4.3.13 En lo que atañe a los recursos que proceden contra la decisión que se adopta en este paradójico caso, se cita lo expuesto en la providencia de esta Sala de la cual fue ponente el Dr. Yarzagaray Bandera (ver apartado 4.3.6), donde se dijo lo siguiente:

*“... Para concluir, en lo que respecta a los eventuales recursos que procedan en contra de esta decisión, la Sala, después de realizar un análisis de las disposiciones consagradas en los artículos 20, 32, 176 y 177 del Código de Procedimiento Penal, ha llegado a la conclusión que la providencia que resuelve la acción de revisión no tiene las características de sentencia y por ello no es susceptible del recurso de apelación, debido a que las sentencias se caracterizan por ser un acto procesal con el cual se clausura o finaliza una actuación pr ocesal vigente, situación que no acontece con la acción de revisión, en la cual se cuestiona es una actuación judicial finiquitada que se encuentra bajo el amparo de la cosa juzgada; por lo tanto, la decisión con la cual se resuelve la acción de revisión, es un acto procesal de naturaleza interlocutoria solo susceptible del recurso de reposición, como lo ordena el artículo 176 del C.P.P.*

*Sumado a lo anterior esta Sala de Decisión verifica que la decisión con la cual se resuelve una acción de revisión, no se encuentra enlistada dentro de los actos procesales consagrados en el artículo 177 del Código Procesal Penal, ley 906 de 2004, actos estos que si son susceptibles del recurso de apelación...” .*

Con base en lo expuesto en precedencia, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Administrando Justicia en nombre de la Republica y por Autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR fundada la causal de la acción de revisión impetrada por la accionante, con base en la causal 7ª del artículo 192 del CPP.

SEGUNDO: En consecuencia se dejara sin efecto el numeral PRIMERO de la sentencia dictada el 6 de marzo de 2012, por el Juzgado 2º Penal Municipal con función de conocimiento, de esta ciudad.

TERCERO: Por lo tanto la pena definitiva que debe descontar el procesado Edison López Osorio por los delitos de extorsión agravada en grado de tentativa y de hurto calificado agravado, se fija en noventa y seis (96) meses de prisión y multa equivalente a 300 SMLMV, conforme a lo explicado en el apartado 4.3.12 de esta decisión. Por el mismo término se fija la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

CUARTO: Con base en lo dispuesto en el artículo 198 del CPP, los efectos de esta decisión se extienden al coprocesado Juan Walter Vallejo Carmona, quien fue condenado conjuntamente con el señor Edison López Osorio, por las mismas conductas punibles. Se informara lo pertinente al juez de EPMS que conoce de su caso, al igual que el del señor Osorio López.

QUINTO :Contra la presente decisión solo procede el recurso de reposición, el cual se deberá interponer dentro de los términos de ley.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

**Magistrado**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**Magistrado**

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

**Magistrado**

1. Folios [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 41 y 42 [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del veintisiete (27) de febrero de 2.013. Rad. # 33.254. M.P. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ. [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia de treinta (30) de abril de 2014. Rad. # 41157. M.P. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO. [↑](#footnote-ref-4)
5. F. 104, c. 1. [↑](#footnote-ref-5)
6. Ver Folio 2 [↑](#footnote-ref-6)
7. Ver folios 5 a 8 [↑](#footnote-ref-7)