



1.- PROVIDENCIAS DE ESTA CORPORACIÓN

1.1. M.P. LUIS MARIANO RODRÍGUEZ ROA – Rad. [110016000017200806183](#) **IMPUTACIÓN Y PREACUERDO – Error en la valoración jurídica de la conducta – Evento en que dicho error debe mantenerse para preservar el derecho fundamental a la igualdad**

*“El problema jurídico que debe abordarse es el que atañe a la disyuntiva hermenéutica de si la conducta ilícita investigada y en la pluralidad de verbos rectores que prevé el precepto del inciso 1º del artículo 376 del Código Penal, debe enmarcarse en la modalidad "sacar del país" la sustancia psicotrópica incautada y en el grado de **tentativa** como lo contempla el preacuerdo que se rechaza, o en la de "llevar consigo", que consagra la misma norma infringida y que a juicio del juez de instancia alcanzó su plena **consumación** y por ende ha debido ser la considerada en tal negociación.*

“La concepción de la Fiscalía no es que estuviera marginada del todo de la realidad fáctica, pues no llama a hesitación que si la pretensión de los encartados era la de llevar la droga a los Estados Unidos y ese propósito se frustró merced a una causa ajena a su voluntad, a la intervención de la autoridad que puso al descubierto el hecho, y acorde con el dispositivo amplificador previsto en el artículo 27 del estatuto punitivo, la conducta quedaría limitada al grado de la tentativa.

*“Sin embargo, como jurídicamente, el tipo penal quebrantado, es de los llamados compuestos alternativos, que para la materia en comento, a decir del recordado jurista patrio Alfonso Reyes Echandía, se caracterizan por estar integrados "...con varios verbos rectores (introducir al país, sacar de él, llevar consigo, transportar, almacenar, conservar, elaborar, vender, ofrecer, adquirir, suministrar) cada uno de los cuales configura conducta que realizada de manera autónoma e independiente conforma hecho punible, pero que ejecutada con otra u otras de ellas dentro de un mismo contexto de acción o implicando la una presupuesto o desarrollo naturalístico de la otra, no generan concurso delictivo, sino realización de un solo hecho punible...". Así, la especie que plantea la Fiscalía, sacar del país la sustancia ilícita, comporta ontológicamente la modalidad del verbo rector **llevarla consigo** y que al conjugarse es la llamada a ser considerada jurídicamente, pues en su descripción normativa, el precepto no exige que la sustancia tenga un uso o destinación determinada que de no alcanzarse el delito se degrade a la modalidad de la tentativa; no es esa la teleología legislativa que por demás atentaría contra la política criminal de combatir la actividad del narcotráfico internacional. Se excluye entonces que el verbo rector **llevar consigo** pueda ser subsumido por otro de los verbos alternativos que pueden acompañarlo y por esta vía*

enervada su entidad jurídica básica, y menos degradado a la modalidad de la tentativa.

“Desde este punto de vista asiste la razón al juez de instancia al señalar su disenso en la valoración jurídica de la conducta y que lo lleva a rechazar el preacuerdo.

“No obstante, para la Sala la decisión del a quo debe revocarse por un motivo distinto, en concreto, en respeto del derecho fundamental de la igualdad, previsto en el artículo 13 de la Carta Política, cuya aplicación directa surge imperativa en estas diligencias ante la fuerza normativa predicada en la actualidad del ordenamiento superior.

“En efecto, para el Tribunal no pasa inadvertido que la correcta calificación jurídica de la conducta atribuida a los dos capturados surgía evidente desde la formulación de la imputación al contrastarla con la imputación fáctica realizada en esa diligencia, en la cual sin aludir incluso al propósito de sacar el estupefaciente del territorio patrio, se hizo consistir aquélla en la detención de la droga. Así las cosas, en ese ámbito era claro que para la Fiscalía la acción reproachable consistió en llevar consigo la sustancia que produce dependencia.

*“Sin embargo, la subsunción típica de tal comportamiento se predicó en dicho estadio en el verbo rector “sacar del país” y en modalidad de tentativa, cargos por razón de los cuales el otro imputado, esto es, Nicky Álvarez, se allanó y fue condenado; circunstancia frente a la cual, esto es, tratándose de la misma conducta, del coautor **Ramírez Velásquez** no puede atestarse ahora una calificación jurídica distinta y más gravosa, al menos no sin menoscabo del aludido derecho fundamental, máxime que el dislate del órgano de persecución penal no constituiría una circunstancia diferenciadora que habilite o legitime el tratamiento diferente, que además se generaría por esa causa en el ámbito punitivo.*

*“Con fundamento en los reflexiones anteriores y en aras de los principios de equidad y de justicia que deben caracterizar las decisiones judiciales y que regulan los criterios moduladores de la actividad procesal en los términos del artículo 27 de la Ley 906 de 2004, la Sala revocará el auto impugnado y en su lugar, impartirá aprobación al preacuerdo celebrado entre el delegado de la Fiscalía General de la Nación y el imputado **Jorge Andrés Ramírez Velásquez**”*

Ruta:

relatoría/consulta/2009/acusatorio/autos

1.2. M.P. LUIS MARIANO RODRÍGUEZ ROA – Rad. [11001600001320080749601](#) **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA PENA – No en todos los eventos de hurto calificado y agravado se debe negar el subrogado del artículo 63 del C.P. – Además de modalidad y gravedad de la conducta debe tenerse en cuenta las condiciones personales del infractor.**

“Sobre este subrogado penal, sea lo primero advertir que no se trata de un beneficio que esté sujeto a la simple voluntariedad de los operadores judiciales en torno a otorgarlo o no, sino que el mismo, es un instituto que se encuentra reglado y sometido a precisos y puntuales presupuestos, que de faltar alguno de ellos debe negarse la medida.

“Así, en el caso de Henry Yesid Rodríguez Mateus, el sustituto de la condena de ejecución condicional, regulado en el artículo 63 del estatuto punitivo, exige dos presupuestos, uno de orden objetivo y otro subjetivo, respecto del primero no existe discusión alguna, pues la pena es inferior a los 36 meses; frente al segundo aspecto la norma impone verificar



los antecedentes personales, sociales y familiares de los sentenciados, así como tener en cuenta la modalidad y gravedad de la infracción cometida, en orden a inferir si es necesaria o no la ejecución de la pena.

“Sin embargo, en tratándose de punibles que atentan contra el patrimonio económico en la modalidad de calificado y agravado, por regla general no se conceden sustitutos penales, debe sin embargo considerarse las connotaciones tanto del punible como de las condiciones del infractor y en este sentido, se tiene que se trata de una persona joven, pues para la fecha del acontecer fáctico acababa de cumplir su mayoría de edad y que no reporta antecedentes penales.

“Debe señalar la Sala, que en el caso en concreto no se cumpliría con los fines de la pena de prevención general y de retribución justa, como tampoco con el principio de

prevención especial y reinserción social, si se permitiera que el mismo ejecutara la pena a nivel intramural, pues se tiene que siendo infractor primario, indemnizo a la víctima, ha cumplido los requerimientos que se le ha hecho y en fin, ha dado muestra de reflexión y arrepentimiento, de donde surge entonces la necesidad de garantizársele el reintegro a su vida familiar y social, para que avenga su comportamiento a derecho y a las exigencias sociales que le dispensen una pacífica convivencia.

“Corolario de lo anterior se concederá a Henry Yesid Rodríguez Mateus el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena de que trata el artículo 63 del Código Penal,...”

Ruta: relatoría/consulta/2009/acusatorio/sentencias

2. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

2.1. **24055(06-05-09) MP JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR – No se presume falta de consentimiento del sordomudo – SORDOMUDO – Tal condición no presupone deficiencia, incapacidad o desventaja mental – DICTAMEN PERICIAL – PERITO – Prohibición de elevar juicios de responsabilidad o sobre elementos del tipo**

“En este orden de ideas, es viable colegir que, frente a la segunda situación prevista por el tipo (es decir, trastorno mental), la condición especial del sujeto pasivo se asemeja a la figura de la inimputabilidad del procesado en sede de la categoría de la culpabilidad, es decir, tiene que ver con la capacidad psíquica por parte de la víctima de comprender las implicaciones del acceso carnal o del acto sexual cometido, así como de determinarse de acuerdo con esa comprensión (en analogía con la facultades mentales que alrededor de la realización del injusto consagra el artículo 33 de la ley 599 de 2000).

(...)

“En este orden de ideas, si un “[a]specto esencial de la dignidad huma-na es la conducta en su expresión de voluntad, entendida como la capacidad y posibilidad concreta en un momento dado de elegir [...] entre actuar o no hacerlo”¹, tal como lo ha reconocido la Sala en el análisis del delito de acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir, sería tan discriminatorio como contrario al ordenamiento jurídico asumir la ausencia de juicio y de aquiescencia en el sujeto pasivo de la referida conducta tan solo por el hecho de presentar una limitación física, como lo sería una de índole auditiva o de lenguaje, sin que se haya establecido por parte de un perito, y de conformidad con las circunstancias particulares de cada caso, una pérdida en las habilidades de comunicación que no le permita integrarse a la sociedad y de la cual pudiera derivarse razonablemente que, en tanto portador del bien jurídico objeto de protección, carecía de la capacidad mental para disponer del mismo.

(...)

“Al respecto, es de destacar, por un lado, que la Sala ha señalado en anteriores oportunidades que, de acuerdo con lo previsto en el último inciso del artículo 251 del Código de Procedimiento Penal, al perito le está prohibido de manera absoluta “emitir en el dictamen cualquier juicio de responsabilidad penal”, incluida la valoración que acerca de la configuración de cualquiera de los elementos constitutivos del tipo realice en el mismo, que fue lo que sucedió en el presente caso:

(...)

“Por otro lado, la norma jurídica en la que se basó el perito para emitir la conclusión acerca de la incapacidad de resistir de la presunta ofendida, tal como se aludió en el fallo de 11 de marzo de 2009 citado en precedencia (supra 2.3), fue retirada del ordenamiento jurídico por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-983 de 2002, en el sentido de declarar inexecutable la expresión “por escrito contenida, entre otras disposiciones, en el artículo 1504 del Código Civil, por lo que lo trascendente para esos efectos no era que Edilma del Carmen Pérez Montaña supiese leer y escribir, sino que pudiera comunicarse de cualquier otra manera, que fue lo que precisamente reconoció el perito en el aparte cercenado por las instancias (“[s]us respuestas y el lenguaje que utiliza son apropiados. Se expresa con señas y gemi-dos”²).

(...)

“...con los medios de prueba que figuran en el expediente (que, por cierto, no son abundantes ni complejos) no era posible dictar sentencia anticipada sin desconocer la presunción de inocencia que le asiste a ÉDGAR MUNEVAR MONTAÑA, en la medida en que no era viable derivar la condición especial requerida por el tipo para el sujeto pasivo con fundamento en la sola limitación auditiva que padece, ni mucho menos en una valoración jurídica obrante en el dictamen medicolegal (que, como si fuera poco, se basó en una expresión contenida en el Código Civil ya retirada del ordenamiento jurídico), y, por lo tanto, la conducta imputada en la resolución de acusación refulge como manifiestamente atípica.”

2.2. **31367(21-05-09) MP SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ CAPTURA – Eventos en que procede – CONCUSIÓN – SECUESTRO EXTORSIVO – Diferencias – FLAGRANCIA – Obligaciones del servidor público**

“De acuerdo con lo que se viene de ver, entonces, de conformidad con la normatividad patria en vigencia, son legales y, por ende, legítimas, las capturas que se presentan en las siguientes situaciones o circunstancias:

- i. *La mencionada captura en flagrancia, conforme lo señala el artículo 32 de la Constitución y cuando se dan las circunstancias previstas en el artículo 301 de la Ley 906, con estricto cumplimiento del procedimiento establecido en el artículo 302 ibídem, adicionado por el 22 de la Ley 1142 de 2007, en cuanto a la observancia de los términos de disposición ante la Fiscalía General de la Nación, según que la captura sea realizada por una autoridad o un particular, y de presentación al Juez con función de Control de Garantías que corresponda.*

¹ Auto de 25 de noviembre de 2008, radicación 30546.

² Folio 77 ibídem.



- ii. De modo excepcional como lo consagra el numeral 1º, inciso 3º, artículo 250 de la Constitución, la ordenada por el Fiscal General de la Nación o su delegado, en los eventos previstos por el artículo 300 de la Ley 906, modificado por el 21 de la Ley 1142, es decir, en los casos en que procede la detención preventiva, esto es, en aquellos a que se refiere el artículo 313 ibídem, la cual debe ser expedida por escrito y de manera motivada, y con una vigencia “precaria que depende de que subsistan en el tiempo las condiciones que impidieron que un juez con funciones de control de garantías expidiera la orden. Por lo tanto, el Fiscal General o su delegado tienen la carga de verificar y mostrar fácticamente de manera continua que las condiciones excepcionales persisten, pues de lo contrario la orden de captura dictada al amparo del artículo 21 de la Ley 1142 de 2007 perderá su vigencia. Procedería entonces, el hábeas corpus.”³
- iii. La que emite el juez de control de garantías por solicitud del fiscal que dirige la investigación, en los términos del artículo 297 del Código de Procedimiento Penal.
- iv. La que ordena el juez de conocimiento, según se desprende del artículo 299 ibídem, modificado por el 20 de la Ley 1142, cuando “[P]roferida la orden de captura, el juez de control de garantías o el de conocimiento, desde el momento en que emita el sentido del fallo o profiera formalmente la sentencia condenatoria, la enviará inmediatamente a la Fiscalía General de la Nación para que disponga el o los organismos de policía judicial encargados de realizar la aprehensión física, y se registre en el sistema de información que se lleve para el efecto. De igual forma deberá comunicarse cuando por cualquier motivo pierda su vigencia, para descargarla de los archivos de cada organismo, indicando el motivo de tal determinación.”
- v. La detención en flagrancia del adolescente, en los términos y condiciones señalados en el artículo 191 de la Ley 1098 de 2006.
- vi. La privación de la libertad en centro de atención especializada para adolescentes mayores de 16 años y menores de 18, cuando resulten responsables de delitos “cuya pena mínima establecida en el Código Penal sea o exceda de (6) años de prisión. En estos casos, la privación de libertad en centro de atención especializada tendrá una duración de uno (1) hasta cinco (5) años”, o cuando “los adolescentes mayores de catorce (14) y menores de dieciocho (18) años sean hallados responsables de homicidio doloso, secuestro o extorsión, en todas sus modalidades, la privación de la libertad en centro de atención especializada tendrá una duración de dos (2) hasta ocho (8) años”, según lo señala el artículo 187 del Código de la Infancia y la Adolescencia.
- vii. La llamada captura administrativa, instituida por la Corte Constitucional, en la Sentencia C-024 de 1994, atribuida a las autoridades de Policía en casos especialísimos y que deriva de lo consignado en el inciso segundo del artículo 28 de la Carta Política.

“Por fuera de esos eventos, con independencia de quien realice la captura o lleve a cabo la privación de la libertad, la injerencia en ese ámbito vital no es ni legal ni legítima y conlleva para quien la realice la respectiva responsabilidad penal,...

(...)

“Las diferencias entre una y otra especie delictiva no pueden ser más diametrales. Empiezan por el bien jurídico que tutelan, por cuanto el secuestro protege la libertad individual, mientras que la concusión lo hace respecto de la administración pública.

“A partir de los distintos bienes jurídicos que protegen los tipos penales en estudio, se puede deducir el contenido subjetivo del sujeto agente en cada uno de ellos.

(...)

“En este caso, surge claro que los procesados no retuvieron a Velasco Gama porque hubiese suplantado a otra persona o en razón a que llevara consigo un arma de fuego, sino para exigir por su liberación una suma de dinero. Tanto es así, que no existe el mínimo registro oficial de la aprehensión,...

(...)

“No obstante la claridad que sobre el acontecer fáctico tuvieron los juzgadores de las instancias, se debe afirmar que la única posibilidad legítima de actuación por parte de una autoridad que captura a una persona en situación de flagrancia, es la de conducirla de inmediato, o a más tardar en el término de la distancia, ante la Fiscalía General de la Nación, como lo señala el inciso 2º del artículo 302 de la Ley 906. Cualquier dilación torna en ilegítima la aprehensión y activa los mecanismos constitucionales y legales consagrados para proteger la libertad personal, como el hábeas corpus, y compromete la responsabilidad del servidor público que se desvía de su deber.

“Nocivo mensaje se envía a la sociedad y flaco servicio se le hace al ámbito de protección de las garantías ciudadanas, admitir que cualquier servidor público que captura a una persona puede sustraerla del manto protector de las normas constitucionales y legales, para avasallar su libertad y disponer de ella a su antojo, mientras presiona la entrega de dinero o cualquier otra utilidad como condición para dejarla en libertad, apenas incurre en delito contra la administración pública, cuando es evidente que tal forma de proceder agravio otros superiores intereses y se amolda a figuras típicas de mayor riqueza descriptiva, como es, por supuesto, el secuestro extorsivo.

2.3. 27494 (27-05-09) MP AUGUSTO J. IBÁÑEZ GÚZMAN CONCIERTO PARA DELINQUIR – No se puede confundir con la coautoría – No puede predicarse respecto del acuerdo para cometer una sola conducta

“Del enunciado de la acusación deriva que la imputación por el concierto radicó única y exclusivamente en el consenso de los acusados para realizar el atentado terrorista, con las consecuencias que éste comportó.

“En esas condiciones, el cargo por concierto debe ser retirado, como que su imputación, como delito autónomo, debe obedecer a un consenso de voluntades, pero no para un hecho concreto, sino para realizar conductas ilícitas indeterminadas en cuanto a su calidad y cantidad, así como al tiempo en que han de llevarse a cabo. Esa unión de voluntades debe operar a modo de una empresa delictiva que, por serlo, debe comportar una cierta permanencia en el tiempo. Y así, de esa forma absolver por tal imputación.

“Un acuerdo de voluntades, como el que dedujo la acusación, no tipifica el concierto para delinquir, en tanto el acuerdo fue único, para un específico acto. La solución en tal caso está dada por el concurso de personas en el delito, esto es, por la coparticipación criminal, en donde todos los intervinientes deben responder por el grado de colaboración que hayan brindado a los concretos delitos llevados a cabo.”

³ Sentencia C-185/08



2.4. **30711 (27-05-09) MP JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ REGISTRO Y ALLANAMIENTO – Derecho a alegar la violación de la expectativa razonable de intimidad PRUEBA ILEGAL – Facultad para alegarla**

“Por ello, debe dilucidar la Corte, en primer término, si la defensa de PRIETO SILVA tiene legitimidad para solicitar la exclusión de los hallazgos del registro tachado de ilegal, en tanto él no era titular del derecho a la intimidad en relación con el rodante explorado.

(...)

“...observa la Corte que debe darse respuesta a la tensión surgida entre el derecho del procesado a escudriñar y cuestionar la legalidad de los procedimientos con que fueron adelantadas las labores de investigación, así la titularidad del derecho vulnerado no se encuentre en cabeza suya, como ejercicio de su defensa técnica, frente a la expectativa general de la efectividad del derecho material.

“Encuentra la Corte que el debido proceso exigido constitucionalmente para la producción de la prueba no está limitado por una expresión que lo condicione a los procedimientos relacionados de manera directa y exclusiva con el justiciable.

“De ahí que el quebranto al debido proceso en la producción de la prueba pueda ser alegado y discutido por el procesado, así sólo se haya afectado una fase del proceso de producción de la prueba que no tenga como directo perjudicado al imputado, quien a la postre, de todas maneras, se verá afectado.

“Razonar de otra manera conduciría a situaciones francamente contrarias al sentido de la disposición constitucional contenida en el inciso final del artículo 29. Podría pensarse, a modo de ejemplo, que el testigo de cargo fue obligado a declarar por medio de tortura, o que la consulta en la base de datos, legalmente ordenada y controlada judicialmente, se realizó de manera subrepticia, o que la interceptación con fundamento en la cual se obtuvo información relevante contra un tercero es ilegal. En estos eventos no podría negarse el “standing” al imputado para discutir su violación al debido proceso, con el argumento de que él no fue el torturado, o no es el propietario de la institución cuya base de datos fue asaltada, o que no fue uno de los participantes en la conversación interceptada ilegalmente.”

(...)

Así se concluye que a FABIÁN PRIETO SILVA, aunque no tenía expectativa razonable de intimidad para alegar la ilegalidad del registro del mencionado vehículo automotor de servicio público, le asiste legitimidad para discutir la legalidad de tal procedimiento.”

3. CORTE CONSTITUCIONAL – SENTENCIAS DE CONSTITUCIONALIDAD

Nota de Relatoría: En el boletín de Relatoría de la semana pasada debido a un error en el comunicado de la H. Corte Constitucional, del cual se extrajo la información, se indicó que la sentencia C-408 había declarado inexecutable algunos apartes del artículo 108 de la ley 906 de 2004, cuando el número correcto de tal providencia es la **C-409**.

4. CONSEJO DE ESTADO – SECCIÓN SEGUNDA

4.1. **11001032500020070009800(183107) 2 de abril de 2009 M.P. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN PRIMA ESPECIAL 30 % SIN CARÁCTER SALARIAL – Se declara la nulidad del artículo 7 del Decreto No. 618 del 2 de marzo de 2007 “por el cual se dictan normas sobre el régimen salarial y prestacional para los servidores públicos de la rama judicial”**

“Como resulta un contrasentido lógico, extraño al derecho, aceptar que las primas por más exentas que estén de su carácter salarial representan una merma al valor de la remuneración mensual de los servidores públicos, es consecuencia evidente de lo considerado, concluir que el artículo 7º del Decreto No. 618 de 2007, al tomar un 30% de la remuneración del funcionario para restarle su valor a título de prima especial sin carácter salarial, materialmente condensa una situación de violación de los contenidos y valores establecidos en la Ley 4 de 1992 y por lo tanto habrá de excluirlo del ordenamiento jurídico.

(...)

“La anulación del artículo 7º del Decreto No. 618 de 2007, de otra parte no ha de entenderse dentro del marco de un efecto restrictivo a la estipulación prevista para los servidores a que se refieren los numerales 1º, 2º y 3º de dicha norma, es decir, no puede el interprete de ninguna manera suponer que el desaparecer la prima especial sin carácter salarial equivalente al 30% de la remuneración mensual de tales empleados, su asignación para la época en que tuvo vigencia el Decreto, sea del 70% de la escala remuneratoria allí prevista, se trata sencillamente de descargar el castigo de dicho 30%, que conforme a los términos de la norma invalidada, restringía en ese porcentaje las consecuencias prestacionales de tales servidores.”

Nota de Relatoría: A pesar que el artículo declarado nulo se refiere a determinados servidores de la rama judicial allí mismo indicados, en esta providencia se rectifica la posición jurisprudencial expresada en la sentencia de 9 de marzo de 2006, Exp. 0121-20003, en la que se examinó la legalidad de los Decretos Reglamentarios 057, 106, 043, 036, 076, 064, 044, 2440, 2720 y 673 de las anualidades comprendidas entre 1993 y 2002, en lo concerniente a la prima sin carácter salarial del 30% del salario básico mensual de los Magistrados y Jueces de la República. Por lo anterior, en la fecha, esta providencia se ha colocado en cada uno de los buzones de los Magistrados de la Sala.

5. LA RELATORIA RECUERDA

Que a partir del 3 de julio de la presente anualidad este boletín puede ser consultado en la página de Internet de la Rama Judicial en el link “JURISPRUDENCIA DE INTERÉS” “TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA PENAL”.

JAIRO JOSE AGUDELO PARRA
Presidente

DAGOBERTO HERNANDEZ PEÑA
Vicepresidente

NOHORA LINDA ANGULO GARCÍA
Relatora