



## 1.- PROVIDENCIAS DE ESTA CORPORACIÓN

**1.1. M. P. RODRÍGUEZ ROA LUIS MARIANO - Rad. 11001600001320090042701(02-12-09) VIOLACIÓN A LOS DERECHOS PATRIMONIALES DE AUTOR – Antijuridicidad material – Desvalor jurídico de resultado – ALLANAMIENTO A CONDUCTA ANTIJURÍDICA – Declarar la nulidad a partir de la audiencia de imputación y allanamiento resulta inocuo – Lo procedente para restablecer las garantías fundamentales del afectado, es impartir sentencia absolutoria – FACULTAD CORRECCIONAL DE JUEZ – Finalidades**

“1º. Procedería el Colegiado a verificar los presupuestos requeridos para el reconocimiento del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena que constituye el objeto de apelación, de no ser porque su premisa fáctica y legal como es el fallo de condena, se encuentra afectada por la violación de los derechos y garantías del procesado en aspectos sustanciales, razón por la cual el Colegiado debería decretar oficiosamente la nulidad de lo actuado desde la aceptación de cargos, pero en vez de ello emitirá sentencia absolutoria por las razones que se explican acto seguido.

“Antes de entrar en materia, debe recordarse que todo infractor de la ley penal aun en los eventos del allanamiento o aceptación de cargos imputados por la Fiscalía y que entraña renuncia al juicio público, oral y contradictorio que desencadena la terminación anticipada de la actuación procesal, no releva las garantías inherentes a su derecho de defensa y debido proceso de las que debe estar revestido, pues no puede pretermitirse que *“La validez de estas opciones está condicionada, de manera general, a la existencia de prueba sobre la responsabilidad aceptada por el imputado o acusado y a que se preserven las garantías fundamentales...”*<sup>1</sup>, (artículos 29 y 31 de la Constitución Política ).-Negrilla fuera de texto-

“Como tantas veces se ha dicho en casos análogos y lo reitera en esta oportunidad el Tribunal, si bien la filosofía del sistema penal acusatorio está cimentado esencialmente en la teleología de alcanzar una justicia pronta y eficaz, estimulada por el sistema premial del allanamiento y los preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado, ello debe ser con obediencia estricta y rigurosa de los parámetros del ordenamiento jurídico, respetándose los principios elementales del derecho y la dignidad humana, y no de un trámite procesal engañoso y de falsas expectativas de creer el procesado en un principio que ante una presunta infracción penal y aceptando los cargos imputados cesa la angustia de la privación de su libertad que en la más de las veces lo lleva a allanarse, para ulteriormente enfrentar el drama de una condena y orden de captura tal cual verifica el Colegiado ha acontecido en la presente actuación.

“2º. La Corte Constitucional a través de la sentencia C-1195/05, Magistrado Ponente Dr. Jaime Araujo Rentería, emitida el 22 de noviembre de 2005, dijo precisamente sobre la vinculación del juez al preacuerdo, que el operador judicial no debe olvidar lo siguiente:

“... para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable (Arts. 9-12 Cód. Penal). En consecuencia, el juez sólo puede imponer condena al imputado cuando establezca con certeza estos elementos estructurales del delito, como se afirma en la demanda. En caso contrario, quebrantaría el principio constitucional de legalidad de la función pública y las normas legales pertinentes, lo cual podría originarle responsabilidad, aparte de que los actos proferidos quedan sometidos a los medios de corrección previstos en la ley. -Resaltado fuera de texto-

“Síguese de esta doctrina que el juez debe abstenerse de aprobar un allanamiento cuando constata que no se reúnen los requisitos que estructuran una conducta punible, pues las normas superiores citadas le imponen el debido proceso que debe cumplirse sin restricción alguna y que en tratándose de una decisión de condena le exigen como premisa lógica y

elemental que no puede adoptarse una pena sino como consecuencia de un delito o hecho punible (*nulla pena sine crimine*). Sea en el procedimiento abreviado o en el ordinario, el artículo 381 de la ley instrumental exige de todas formas: *“Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito...”* el cual debe estar reflejado en el proceso en sus elementos estructurales de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad que prevé el artículo 9º del estatuto punitivo.

“A su turno y en punto de la concepción dogmática y jurídica de la **antijuridicidad** definida por el artículo 11 *ibídem*, está determinada por el principio de lesividad del bien jurídico tutelado, tópico sobre el cual tiene sentado la casación penal de la Corte:

*“...Como ha enseñado la Sala<sup>2</sup>, para que un comportamiento típico pueda considerarse base o fundamento del delito es indispensable que de modo efectivo lesione o al menos ponga en peligro un bien jurídico tutelado por la ley; con tal sentido el principio de lesividad, acuñado por la doctrina jurídico penal, aparece recogido en la legislación penal como uno de los elementos esenciales del delito (artículo 11 del código penal).”<sup>3</sup>*

“De lo anterior, como también lo ha dicho la Sala,

*“se destaca entonces la trascendencia que tiene la noción de lesividad en el derecho penal, por la cual, como sistema de control lo hace diferente de los de carácter puramente ético o moral, en el sentido de señalar que, además del desvalor de la conducta, que por ello se torna en típica, concurre el desvalor del resultado, entendiendo por tal el impacto en el bien jurídico al exponerlo efectivamente en peligro de lesión o al efectivamente dañarlo, que en ello consiste la llamada antijuridicidad material contemplada en el artículo 11 del Código Penal.”<sup>4</sup>*

“3º. En el evento *sub judice* se plantea que el imputado **Carlos Eduardo Montaña Alvarez** incurrió en el supuesto de hecho descrito por el artículo 271 del C.P., relativo a la defraudación a los derechos patrimoniales de autor por estar ofreciendo en la calle la venta de 38 discos compactos y 20 video-discos “DE DIFERENTES AUTORES Y TITULOS, LOS CUALES NO PRESENTABAN LAS CARACTERISTICAS DE ORIGINALES..”, pero sin que se precise en informe alguno de captura, ni en la audiencia preliminar de legalización de la aprehensión ante el Juzgado 45 Penal Municipal con función de Control de Garantías, de qué discos y videos se trata, cuál o cuáles los autores a los que se menoscabó o puso en peligro esos derechos patrimoniales, o a qué industria o propietario de los derechos de comercialización se afectó o pretendía afectar

“Es decir, la situación fáctica se contrae al ya conocido procedimiento policivo de privar de su libertad a una persona que en la calle porta tal material de presunta reproducción clandestina, pero sin que tampoco se conozca o acredite a quién o quienes se encontraba vendiéndolo para poder pregonar la modalidad del “VERBO RECTOR VENDER” que señala el escrito de acusación.<sup>5</sup>

“Pero aun se admitiera que la conducta es típica, como lo expresa el fallador de instancia, la misma carece de antijuridicidad material, pues en la interpretación de la precitada norma del artículo 11 del estatuto punitivo relativa a

<sup>1</sup> Corte Constitucional. Tutela 091 de 2006. M.P. Jorge Córdoba Triviño.

<sup>2</sup> Sentencia febrero 18 de 2003. Rad. 016262

<sup>3</sup> Auto del 23 de agosto de 2006 Rad. 25745

<sup>4</sup> Sentencia del 8 de agosto de 2005. Rad. 18609, citada en la del 26 de abril de 2006. Rad. 24612.

<sup>5</sup> Fl.9 Carpeta



tal aspecto esencial del hecho punible, se exige cuando menos la simple puesta en peligro del bien jurídico protegido y respecto del cual precisa la Sala de Casación Penal en reciente pronunciamiento:

*"...De esta manera, frente a la modalidad consistente en ofrecer para la venta copias no autorizadas de obras de carácter literario, mientras que el desvalor de la acción radica en el ánimo de lucro y la intención de afectar el patrimonio del autor, **el desvalor de resultado recae en la estimación que realiza el juez en cada caso concreto acerca del riesgo causado a los derechos del titular de la obra, es decir, a la facultad que a éste le asistía de disponer, divulgar, explotar, hacer accesible o propiciar la distribución de ejemplares, afectación cuya relevancia, como ya se insistió (supra 2.3 y 3.3), deberá apreciarse en función del objeto material de la conducta, que tiene una relación especial con el bien jurídico y, a la vez, es susceptible de graduación**<sup>6</sup>. -Resaltado fuera de texto-.*

“Traduce lo anterior que en la conducta ejecutada debe evaluarse la trascendencia del riesgo causado a los titulares de los derechos de autor vulnerados, tomándose como parámetro los elementos incautados, que constituyen en este caso el objeto material del delito en orden a dimensionar la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado. Empero, sobre el particular tan sólo se ha dicho dentro de la actuación que a **Carlos Eduardo Montaña Álvarez** le fueron incautados 38 discos compactos y 20 video discos digitales, sin siquiera señalar las obras mencionadas en ellos, ni mucho menos sus autores o titulares de los respectivos derechos para determinar la antijuridicidad en los términos señalados. Es más. Se echan de menos en la carpeta los elementos materiales probatorios que sirvieron de fundamento al juez de instancia para tomar su decisión, tales como el informe de captura en flagrancia o el de incautación de los elementos, por lo que no obra ningún medio cognoscitivo que de cuenta de las características del material incautado.

“Por otra parte, en el evento *sub lite* la Asociación para la Protección de los Derechos Intelectuales sobre Fonogramas y Videogramas Musicales se constituyó como víctima, pero su representante nunca aclaró -ni el juez le inquirió al respecto- por qué razón tal entidad reclamaba esta calidad, es decir, de qué forma la conducta desplegada por **Montaña Álvarez** le causó algún daño o perjuicio real o potencial a esta persona jurídica. Se desconoce entonces en este estadio procesal cuáles artistas, casas disqueras, productoras audiovisuales, etc. pudieron verse afectadas con el delito por el cual se condena.

“Todo lo anterior permite concluir que la conducta por la que se procede carece de **desvalor jurídico de resultado**, en tanto es etérea la afectación al bien jurídico protegido, en sustento de lo cual, como argumento subsidiario, puede argüirse que quien funge como víctima en la actuación renunció a su facultad de perseguir indemnización de perjuicios a través del incidente de reparación integral.

“Algunos jueces antes que pensar en el record de sentencias de condena y con soporte en remedos de actuación procesal, debían ser más cuidadosos y consecuentes en que estas situaciones no se sucedan y se respeten ante todo los derechos de los ciudadanos en orden a que no se desprestigie la recta y debida justicia que debe dispensarse.

“Coherente con este axioma procesal, no puede el Tribunal auspiciar una sentencia de condena edificada sobre tamaña falencia de un comportamiento que no constituye conducta punible, por lo que con amparo en la facultad señalada por el artículo 179 concordante con el 27 de la Ley 906 de 2004, como garante del debido proceso y de los derechos fundamentales que brinda la Constitución Política, le imperan las correcciones de rigor y, en este sentido, siendo inocuo declarar la nulidad de lo actuado a partir de la audiencia de imputación y allanamiento, para que el ente acusador intentara la aplicación del principio de oportunidad, lo procedente y jurídico, para hacer efectivo el derecho material y restablecer

<sup>6</sup> Casación 31362 .Mayo 13 de 2009. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca

las garantías fundamentales del afectado, es impartir sentencia absolutoria previa revocatoria de la condena proferida.

“La Sala no desconoce que ello desborda las pretensiones del recurrente, ni que hasta hace poco se había entendido que ante una situación como la planteada era necesario decretar la nulidad y no procedía la emisión de una sentencia absolutoria, tal como lo expresó la Sala de Casación Penal en la sentencia 19.435 del 28 de abril de 2004 con ponencia del Dr. Mauro Solarte Portilla.

“Sin embargo, por expreso mandato del artículo 228 constitucional, dentro de todas las actuaciones de la Administración de Justicia prevalece el derecho sustancial, se sobreentiende, por encima de las formalidades, por lo que resultaría un desafuero jurídico hacer caso omiso de una condena que, como se ha dicho, no reunía los requisitos para ser emitida, con la excusa de que no fue objeto del recurso de alzada.

“Además de lo anterior, si se tiene en cuenta que el sistema acusatorio de la Ley 906 de 2004 invistió a los funcionarios judiciales de la función de adoptar las decisiones necesarias para salvaguardar los derechos de los intervinientes,<sup>7</sup> asegurar la eficiencia de la administración de justicia<sup>8</sup> y corregir los actos irregulares,<sup>9</sup> debe entenderse que el juez individual de primera instancia o el colegiado de segunda no solo está facultado para intervenir en la actuación haciendo uso de su facultad correccional, sino que además se ve compelido a hacerlo con el fin de encausarla y asegurar el respeto de los derechos y garantías fundamentales de quienes en ella intervienen.

“Finalmente, en sustento de la decisión a adoptar, la Sala remite a reciente precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Penal en el que al encontrar que un ciudadano que aceptó cargos a cambio de una rebaja punitiva fue condenado en primera y segunda instancia por conducta antijurídica, en vez de decretar la nulidad desde dicha aceptación, emitió en sede de casación la correspondiente sentencia absolutoria. En efecto, dijo la corte:

*“Tratándose de la Ley 906 y las sentencias producidas como resultado de las políticas del consenso o justicia premial, esto es, aceptación de cargos, preacuerdos y negociaciones (arts. 351, 352, 356 nral. 5º y 367 ejusdem), se ha sostenido de manera reiterada por la jurisprudencia que la única opción que tiene el juez es la de proceder a dictar una sentencia de condena con la rebaja que corresponda o la de anular la actuación ante la evidencia de un error antecedente en la formulación de cargos, postulación que ahora se varía y para lo cual se hace necesario efectuar además, otras acotaciones.*

(...)

*[L]o esencial de la sentencia anticipada es que se constituye en una renuncia a los ejercicios de oralidad, publicidad, inmediación, concentración, práctica de pruebas y contradicciones fácticas, **renuncias entre las que no se incluyen** el despojo de la presunción de inocencia, **ni al debido proceso** preestablecido, ni a los principios rectores de las pruebas de necesidad, motivación, licitud, ni mucho menos renuncia al derecho de defensa.*

(...)

*[En un caso como este] **no se torna jurídico imponer una pena sino, por el contrario, absolver, como aquí se debe proceder**”.*<sup>10</sup> (Negrilla y resalto fuera del texto original).

Relatoría/consulta/2009/Acusatorio/Sentencias

<sup>7</sup> Numeral 2º del artículo 138 de la Ley 906 de 2004.

<sup>8</sup> Numeral 2º del artículo 139 Ibidem.

<sup>9</sup> Numeral 3º del artículo 139 ibídem.

<sup>10</sup> Sentencia 31.531 del 8 de julio de 2009. M.P. Yesid Ramírez Bastidas.



**1.2. M. P. RODRÍGUEZ ROA LUIS MARIANO - Rad. 11001600001720090176001 (26-11-09) HURTO – Consumación – Agotamiento - Tentativa**

“Sin embargo, esta Sala comparte el criterio esbozado por la funcionaria de primera instancia al resolver el recurso de reposición que como principal interpusieron los impugnantes, en el sentido de considerar que en el caso *sub judice* el delito contra el patrimonio económico desbordó la fase de la tentativa.

“Los elementos materiales probatorios recolectados, especialmente las entrevistas a los pasajeros del bus, dan cuenta de que los tres sujetos ya mencionados les obligaron a entregar sus pertenencias mediante la amenaza con armas blancas y de fuego, siendo capturados por la autoridad policial en el momento en que se disponían a huir, incluso uno de ellos ya estaba en la puerta a punto de descender del rodante con los elementos hurtados.

“En tales condiciones, está claro que aunque las víctimas nunca perdieron de vista sus objetos y estuvieron a pocos metros de los asaltantes, el hurto se consumó desde el momento en que estos elementos salieron de la esfera de dominio y disposición de los legítimos propietarios, materializándose el supuesto de hecho consagrado en el

artículo 239 del C.P. cuyo verbo rector es “apoderarse de cosa mueble ajena”.

“En este mismo sentido, resulta acertado el criterio de la juzgadora de primer grado al explicar que la consumación del hurto es distinta a su agotamiento, correspondiendo el primero de estos conceptos al apoderamiento, es decir, a la sustracción de un bien del haber del propietario a tal punto que este no pueda custodiarlo o protegerlo; mientras que el segundo está relacionado con el provecho que de tal bien obtenga el autor del punible, es decir, la disponibilidad que pueda ejercer sobre este. Así lo ha entendido la Sala de Casación Penal en la extensa y prolija línea jurisprudencial sobre el tema. <sup>1</sup>”

Ruta: Relatoría/consulta/2009/Acusatorio/Autos

<sup>1</sup> Entre muchas otras, los siguientes pronunciamientos: 21.558 del 20 de septiembre de 2005, M.P. Yesid Ramírez Bastidas; 22.490 del 30 de junio de 2004, M.P. Marina Pulido de Barón; 15.612 del 31 de octubre de 2002, M.P. Carlos Augusto Gálvez; 10.644 del 6 de mayo de 1999, M.P. Carlos Augusto Gálvez; 7.416 del 20 de abril de 1992, M.P. Jorge Enrique Valencia.

**2. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**313999(21-10-09)**

“Debe entenderse que la imposición de una pena accesoria conlleva la privación de un derecho, que puede ser limitado si se establece en el proceso que el condenado abusó de él, o que su ejercicio facilitó la realización del punible, o que su restricción se torna aconsejable para prevenir conductas similares a la que es objeto de condena. De allí que **la discrecionalidad de su imposición esté atada a su MOTIVACIÓN.**

“En tratándose de la pena accesoria de suspensión de la patria potestad, su imposición debe tener por fundamento la existencia de un nexo causal entre los hechos constitutivos del delito y el ejercicio de las funciones de representación legal y de administración de los bienes de los hijos por parte del procesado, que puedan ponerlos en peligro.

Por no ser común a toda clase de delitos, ni para todos los procesados, es necesario precisar su viabilidad y pertinencia, consultando la naturaleza del hecho punible, el grado de culpabilidad, las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes y la personalidad del sentenciado, en aras de determinar su aptitud para continuar ligado al ejercicio de los derechos familiares, en la medida que la formación integral y tranquilidad de sus hijos no se vea afectada.”

**3. NOVEDADES LEGISLATIVAS**

**3.1. Decreto 126 del 21 de enero de 2010 “Por el cual se dictan disposiciones en materia de Inspección. Vigilancia y Control, de lucha contra la corrupción en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, se adoptan medidas disciplinarias, penales y se dictan otras disposiciones”.**

**Síntesis de la norma:** En materia penal establece la responsabilidad penal de los particulares que administran recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, adiciona con diversos artículos el Código Penal creando los tipos de omisión en la atención inicial de urgencias, agiotaje con medicamentos y dispositivos médicos, contrabando de medicamento, dispositivo, suministro o insumo médico y venta fraudulenta de medicamentos. Así mismo, adiciona las circunstancias de agravación punitiva para los delitos estafa y peculado por aplicación oficial diferente.

**Este Decreto se encuentra gravado en el buzón de cada Magistrado con el nombre “Decreto 126 de 2010 Emergencia Social”.**

JAIRO JOSE AGUDELO PARRA  
Presidente

DAGOBERTO HERNANDEZ PEÑA  
Vicepresidente

NOHORA LINDA ANGULO GARCÍA  
Relatora