



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Relatoría Sala de Casación Penal

Boletín Jurisprudencial

Sala de Casación Penal

Mayo 21 de 2021 n.º 05

El contenido de este boletín es un extracto de carácter informativo. Se recomienda revisar directamente las providencias en: <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

ENFOQUE DE GÉNERO

Tratándose de hechos constitutivos de violencia contra la mujer, el juez debe obrar con objetividad, tanto en la valoración de los hechos y la materialidad de la conducta, como en las pruebas, así como en la imputación jurídica

La Sala al resolver una demanda de casación por el delito de homicidio simple cometido en las circunstancias de ira e intenso dolor, determinó los hechos como constitutivos de violencia de género y preciso por una parte, el enfoque con que los jueces y fiscales deben abordar este tipo de casos, y por la otra el alcance que se puede dar a los preacuerdos celebrados entre la fiscalía y los procesados, además del control que deben realizar los jueces en procura de proteger las garantías y derechos de las partes.

SP1289-2021 (54691) del 14/04/2021

Magistrado Ponente:

Eugenio Fernández Carlier

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

ENFOQUE DE GÉNERO - Violencia contra la mujer / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Obligaciones de las autoridades judiciales

«La Sala precisa los hechos, con base en los elementos materiales probatorios con los que contaba la Fiscalía para imputar, acusar y posteriormente celebrar el preacuerdo.

[...]

Con estos medios de conocimiento se colige que **la conducta atribuida a JEPN constituye un caso de violencia contra la mujer en razón del género**, pues: i) entre la víctima y el procesado existía una relación sentimental, ii) esa relación se caracterizaba por los continuos maltratos físicos a los que el procesado sometía a MPGC, iii) la discusión que se suscitó el 15 de julio de 2013 y, que culminó con la muerte de la mujer, tuvo origen en el deseo de MP de terminar la relación, iv) durante la riña, JEP le arrebató el celular a MP, para incomunicarla, la lesionó en la nariz y en la boca asestándole un puño y, vi) al no aceptar la terminación de la relación, la mató.

3.2 Las circunstancias del caso obligan a la Sala a sostener que el suceso criminal constituye un asunto de violencia contra la mujer o de género, conforme a las regulaciones derivadas del Bloque de Constitucionalidad y las reglas de convencionalidad.

Las agresiones físicas, sexuales, psicológicas y económicas, entre otras, en desmedro de la dignidad humana, constituyen violencia de género contra las mujeres así maltratadas.

[...]

Tratándose de hechos constitutivos de violencia contra la mujer, el juez debe obrar con objetividad, tanto en la valoración de los hechos y la materialidad de la conducta, como en las pruebas, así como en la imputación jurídica.

La Corte Constitucional en sentencia C-408 de 1996, que revisó la Ley 248 de 1995 -, con la que se aprobó la Convención Belém Do Para-, reconoció la necesidad de asumir el Estado las obligaciones derivadas de la adhesión y ratificación de los instrumentos internacionales y el deber de las autoridades judiciales de adelantar «*procedimientos justos y eficaces para que la mujer que haya sido sometida a violencia*

obtenga medidas de protección, un juicio oportuno y un acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación, puesto que todas las investigaciones empíricas demuestran las enormes dificultades que tienen las mujeres para simplemente denunciar los actos de violencia que han sido cometidos en su contra».

En concordancia con ello, en la sentencia de tutela T-967 de 2014, acorde con los compromisos internacionales, la Corte Constitucional requirió a los funcionarios judiciales para aplicar criterios de interpretación diferenciados cuando colisionan los derechos de un agresor y una víctima de violencia doméstica y psicológica, pues *«en aras de una igualdad procesal realmente efectiva, es claro que en ningún caso los derechos del agresor pueden ser valorados judicialmente por encima de los derechos humanos de la mujer a su integridad física y mental y a vivir libre de cualquier tipo de violencia»* .

En sentencia T-012 de 2016, la Corte Constitucional estimó necesario que los jueces incorporaran criterios de género en sus decisiones, [...].

[...]

Esta Sala ha resaltado, que los jueces son garantes de la protección de los derechos fundamentales y tienen el deber de *«la erradicación de la violencia contra las mujeres y las niñas» y en los casos de violencia contra la mujer, la investigación y el reproche penal debe ser oportuno, exhaustivo e imparcial, evitando la revictimización»*.

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones: facultades de la Fiscalía / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: control por el juez de conocimiento, aspectos que incluye / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: el fiscal no está autorizado para modificar el contenido de la imputación procedente, como una forma de otorgar beneficios a cambio de la eventual aceptación de cargos o celebración de acuerdos

«Los criterios jurisprudenciales de la Sala en materia de preacuerdos no son unánimes, aun con posterioridad al fallo SU 419 de 2018, rige hasta ahora una línea con criterio mayoritario, que se registra en la decisión de la CSJ SP594-2019, 27 feb. 2019, rad.51596, según la cual el

Juez debe propugnar porque la imputación y la acusación cumplan los requisitos formales previstos en la ley, sin que ello implique realizar un control material ni una habilitación para proponer o insinuar los cargos, pues ello no solo implicaría el compromiso de su imparcialidad, sino, además, superar las barreras funcionales establecidas en el ordenamiento jurídico.

Se indica en la susodicha providencia que **los fiscales deben precisar en qué eventos un cambio en la calificación jurídica corresponde a la estructuración de los cargos, y en qué casos la misma obedece a beneficios otorgados al imputado o acusado**, pues solo de esa forma podrán verificarse los límites que el legislador estableció puntualmente para la celebración de los acuerdos, ello para que los jueces constaten que el convenio se ajusta al ordenamiento jurídico. [...].

[...]

Se resalta que las diversas formas de terminación anticipada de la actuación penal están sujetas al concepto de **“discrecionalidad reglada”**, orientado a lograr un punto de equilibrio entre el margen de maniobrabilidad que debe tener la Fiscalía y la materialización, entre otros, de los principios de igualdad y seguridad jurídica, así como la evitación de la arbitrariedad en el ejercicio de la acción penal, por lo que **el Juez debe verificar**: i) el consentimiento y voluntad del procesado (ii) la claridad del acuerdo en lo que atañe a los beneficios concedidos al procesado, (iii) la existencia de un mínimo de prueba, (iv) el respeto a los límites establecidos por la ley en materia de beneficios; (v) que se acataron las prohibiciones de conceder este tipo de prerrogativas frente a algunos delitos; (vi) se realizó el reintegro de que trata el artículo 349 de la Ley 906 de 2004; (vii) se garantizaron los derechos de las víctimas.

En los eventos en los que el juez advierta que la delimitación del cargo obedece al inequívoco propósito de conceder beneficios adicionales, o que se ha optado por una calificación jurídica que no corresponde a los hechos con la clara finalidad de eludir una prohibición legal en materia de acuerdos *«el juez debe ejercer sus funciones de director del proceso, en orden a aclarar la situación, y, a partir de ello, tomar las decisiones que considere procedentes. En todo caso, como bien lo resalta el delegado de la Fiscalía, esas labores de dirección deben realizarse en el*

momento procesal adecuado (la respectiva audiencia de control de legalidad)».

Acogiendo las precisiones de la Corte Constitucional en sentencia SU479 de 2019, indicó que **los fiscales deben actuar con la objetividad exigida en el artículo 115 de la Ley 906 de 2004**, lo que implica que la formulación de los cargos debe hacerse conforme la hipótesis factual establecida -según el estándar previsto para cada fase-, pues les está vedado “inflar” la imputación o la acusación para presionar la celebración de acuerdos. Así, **los acuerdos en los que se opta por una calificación jurídica que no corresponda a los hechos jurídicamente relevantes** «no son posibles, porque el fiscal debe introducir la calificación jurídica que corresponda a los hechos jurídicamente relevantes».

En los preacuerdos, se ha expresado, **la Fiscalía debe obrar con objetividad**, lo cual implica que **la actuación del ente acusador no puede de manera ligera, descuida o intencionada hacer uso indebido de sus facultades**, dar a la información recopilada en la indagación o investigación un uso indebido, alterar, ocultar o manipular la verdad, los hechos, las consecuencias jurídicas de la conducta delictiva consumada, actuar con abuso de sus facultades, formular acusaciones infundadas, o modificar medidas cautelares para favorecer sin razón a una parte o interviniente, su proceder con base en dicho principio debe revelar rectitud y probidad en la definición de la existencia del delito, la declaración de responsabilidad y la negociación de la pena.

Los siguientes aspectos generales de los preacuerdos, ilustran algunas de las razones que hacen ilegal en este caso el preacuerdo celebrado entre la fiscalía y el procesado:

El propósito de los preacuerdos es humanizar la actuación procesal y obtener una pronta y cumplida justicia, lo que debe armonizarse con los principios que rigen el sistema procesal penal y los lineamientos de la política criminal, pues de lo contrario no se aprestiga la administración de justicia, se afecta la justicia material y se genera una afrenta a la legalidad, tipicidad estricta y el debido proceso de partes e intervinientes.

El artículo 348 C.P.P. consagra los fines que orientan los acuerdos suscritos entre las partes y constituye un «límite al poder discrecional de los fiscales delegados que decidan emplear este mecanismo y, por lo tanto, son un parámetro de

control para los jueces de conocimiento», de allí que los preacuerdos sólo son oponibles a terceros si se ajustan a este precepto.

El inciso 4° del artículo 351 C.P.P. señala que «los preacuerdos celebrados entre Fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebrantes las garantías fundamentales», por lo que al Juez de Conocimiento le compete ejercer un control sobre lo pactado, en tanto que es ante todo Juez Constitucional.

En este sentido, **el Juez debe verificar no solamente el cumplimiento de los requisitos legales, sino también constatar el respeto por las garantías fundamentales de partes e intervinientes**, el acatamiento a las finalidades del preacuerdo y en especial, que dicho pacto refleje en forma estricta los hechos imputados y soportados en los elementos de prueba obrantes en la actuación, en salvaguarda de las garantías, principios y valores de orden constitucional y de convencionalidad, de los que son titulares las partes e intervinientes en el proceso.

La impunidad con beneficios ilegales, prohibidos o excluidos, ectra, son paradigmas a tener en cuenta al momento de calificar la legalidad y juridicidad del preacuerdo».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Formulación de la imputación: requisitos, relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, alcance / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Formulación de la imputación: se constituye en condicionante fáctico de la acusación, de la aceptación o allanamiento a cargos y del preacuerdo / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Variación de la calificación jurídica: la Fiscalía no puede modificar la imputación sin ningún sustento fáctico / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Hechos jurídicamente relevantes: reglas frente a las modificaciones que pueden introducirse a la premisa fáctica de la imputación

«Según lo dispone el artículo 288 ibídem, en la audiencia de formulación de imputación, el Fiscal individualizará e identificará al procesado, hará una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible y, explicará la posibilidad que el imputado tiene de aceptar los cargos.

La delimitación fáctica que hace la Fiscalía en la imputación constituye la columna vertebral

del proceso, pues a partir de ella se judicializan los hechos, se garantiza el derecho de defensa y contradicción, se determina el debate sobre la medida de aseguramiento, se fijan los límites de la sentencia en los casos de terminación anticipada de la actuación y se limitan los fundamentos del suceso criminal que pueden incluirse en la acusación.

Como consecuencia lógica de la imputación fáctica, le es imperativo a la Fiscalía adecuar jurídicamente los hechos atribuidos al imputado y comunicárselos en la misma audiencia, sin embargo, esa labor demanda del titular de la acción penal objetividad (lo que estrictamente corresponda como supuesto de hecho y de derecho, sin alteraciones por defecto o exceso) y justicia, pues la situación fáctica imputada sólo puede ajustarse al tipo penal que corresponda, esto es, respetando de manera irrestricta el principio de estricta tipicidad, ya que de lo contrario se afecta el debido proceso, el derecho de defensa, la justicia material y las garantías de verdad, justicia y reparación de las que son titulares las víctimas.

[...]

Empero, **aun cuando la titular de la acción penal está facultada excepcionalmente para modificar las premisas fácticas de la imputación**, como antes se acaba de explicar, **de ninguna manera, a esa potestad se puede acudir de manera caprichosa o arbitraria**, depende exclusivamente de la obtención de nuevos elementos que surjan de la actividad investigativa y, de todas formas, con el condicionamiento señalado de adelantar adición a la imputación, si la situación así lo amerita y permite. Además, **si de ello resultare una modificación en la calificación jurídica, debe responder al principio de estricta tipicidad**, pues no de otra forma se garantiza al procesado y demás intervinientes las garantías constitucionales y de derecho convencional de las que son titulares.

El 25 de junio de 2015 la Fiscalía delimitó en la formulación de imputación los hechos jurídicamente relevantes atribuidos a JEPN, [...].

[...]

Por estos hechos, **la Fiscalía imputó a JEPN la comisión del delito de homicidio previsto en el artículo 103 C.P. con las circunstancias de agravación contenidas en el numeral 7°** - Colocando a la víctima en situación de

indefensión o inferioridad o aprovechándose de esta situación- **y 11 -Si se cometiere contra una mujer por el hecho de ser mujer-** del artículo 104 ibídem.

En el escrito de acusación, radicado el 20 de agosto de 2015 y, en la verbalización efectuada en la respectiva audiencia el 1° de febrero de 2016, la Fiscalía consignó los hechos en forma similar a los atribuidos en la audiencia de formulación de imputación, **sin embargo, no hizo alusión a las circunstancias de agravación imputadas** [...].

[...]

Verificada la actuación, **se advierte que el retiro, en la acusación, de las circunstancias de agravación contenidas en el artículo 104 del C.P. -numerales 7° y 11- y que le fueron imputadas a JEPN, desbordó las facultades asignadas a la Fiscalía**, generando una afectación en la estructura del proceso y en los derechos tanto del imputado como de las víctimas.

[...]

Lo que revelan los medios cognoscitivos obrantes en el expediente, es la existencia de bases fácticas que se ajustan tanto a la circunstancia de agravación contenida en el numeral 7° del artículo 104 del C.P. como la prevista en el numeral 11 de la misma norma. La Fiscalía en la comunicación de los hechos que soportaban estas agravantes, delimitó los sucesos, cuyo posterior análisis, compaginado con todos los elementos de prueba recaudados, **le hacían imperativo mantener las circunstancias de agravación en la acusación** y, no como equivocadamente lo hizo, proceder a su retiro».

HOMICIDIO - Agravado: si se cometiere contra una mujer por el hecho de ser mujer, no todo homicidio de una mujer configura esta causal de agravación / **HOMICIDIO** - Agravado: si se cometiere contra una mujer por el hecho de ser mujer, se configura cuando es producto de la discriminación y subordinación de que es víctima la mujer / **HOMICIDIO** - Agravado: si se cometiere contra una mujer por el hecho de ser mujer, fines perseguidos por el legislador / **HOMICIDIO** - Agravado: si se cometiere contra una mujer por el hecho de ser mujer, circunstancia de agravación que se transformó en la conducta punible de feminicidio

«Para la imputación de esta causal de agravación la Fiscalía se limitó a indicar que se acreditaba por cuanto la víctima *«resultó ser una mujer»*, desatendiendo que **la intención del legislador no fue reprochar la muerte de cualquier mujer, sino generar un mayor reproche en los casos de violencia de género** y con ello edificar una protección institucional, a través de los fines de la pena, para responder a los compromisos internacionales asumidos.

[...]

Así las cosas, **no podía la Fiscalía simplemente indicar en la acusación que retiraba la referida causal porque había desaparecido del ordenamiento jurídico**, ya que una interpretación de esta naturaleza no solo desconoce la protección jurídica que se edificó desde el legislativo para amparar a la mujer víctima de violencia estructural de género, sino que desechó completamente todos los medios de prueba recaudados en la actividad investigativa y que revelaban que estaba ante un caso de protección calificada.

Pues bien, **para establecer que la causal indicada no desapareció del ordenamiento jurídico**, como lo explicó la Fiscal en la audiencia de acusación, valga resaltar que el artículo 26 de la Ley 1257 de 4 de diciembre de 2008 modificó el artículo 104 de la Ley 599 de 2000, adicionando el numeral 11, el que consagró como circunstancia de agravación del delito de homicidio cuando **«se cometiere contra una mujer por el hecho de ser mujer»**.

Posteriormente, **el artículo 13 de la Ley 1761 de 6 de julio 2015 derogó dicho numeral, en tanto que el artículo 2° de la misma norma consagró tal circunstancia de agravación como delito autónomo**, incorporando al catálogo penal el artículo 104^a [...]

[...]

Bajo este panorama y tal como lo reconoció el demandante, **no le era posible a la Fiscalía tipificar la conducta desplegada por PN en el punible de feminicidio previsto en el artículo 104A del C.P., pues ese reato se incorporó al ordenamiento jurídico colombiano con posterioridad a la ocurrencia de los hechos, y de proceder en ese sentido se violentaría el principio de legalidad**, materialización del derecho fundamental del debido proceso, a través de sus dimensiones de *«la reserva de ley, la irretroactividad de la ley penal, salvo*

favorabilidad y la tipicidad o taxatividad, mediante las cuales evita la arbitrariedad o la intromisión indebida por parte de las autoridades penales que asumen el conocimiento y juzgamiento de las conductas típicas» .

Empero, **lo que no le estaba permitido a la Fiscalía era retirar la agravante** contenida en el artículo 104-11 C.P., **pues la intención del legislador no fue extraer del ordenamiento jurídico la protección otorgada a la mujer víctima de violencia estructural a causa del género, sino por el contrario reforzarla.**

[...]

Resulta evidente que **la intención del legislador** al tipificar de manera autónoma la entonces circunstancia de agravación contenida en el artículo 104-11 C.P. **no fue otra que acatar las obligaciones internacionales asumidas a partir de la suscripción y ratificación de los instrumentos internacionales de derechos humanos de protección a la mujer**, los que se enmarcan en el principio de diligencia, en virtud del cual el Estado debe reforzar todas las medidas de prevención y protección en salvaguarda de las garantías fundamentales de este grupo poblacional, so pena de propiciar espacios de impunidad como los que se estaban presentado en Colombia en vigencia de la Ley 1257 de 2008.

Así las cosas, en este caso específico, **la Fiscalía, desligada completamente de los hechos soportados probatoriamente y del enfoque diferencial de género que le era imperativo aplicar, incumplió con el deber que recae en los funcionarios judiciales** -tanto en la investigación como en el juzgamiento- al retirar la causal de agravación, sin justificación atendible.

[...]

Con una actuación de esta naturaleza, **la delegada del ente acusador propició un espacio de impunidad que agudiza las brechas de desigualdad y normalizó patrones de violencia cometidos en contra de la mujer**, situación que de no ser corregida, impone responsabilidades estatales frente a los organismos internacionales, tal como lo ha señalado ONU Mujeres.

[...]

Pero, además, se generó la oportunidad para otorgar beneficios, como el estado de ira, que resultan desproporcionados, como quedó

explicado en otro aparte de esta providencia, de no haberse incurrido en las irregularidades que hacen ilegal el preacuerdo».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Acusación: el juez no puede hacer control material, salvo violación flagrante a garantías fundamentales

«La justicia no puede administrarse de cualquier manera, de ahí que en el sistema acusatorio se pueda y deba realizar controles formales o materiales, de los cuales se han ocupado las decisiones de la Sala referidas en el acápite del marco teórico de los preacuerdos (numeral 4.1.) y el control de la acusación (numeral 6.), a las que se remite la Sala y con base en las cuales se hacen las siguientes precisiones, solo respecto del tema que tiene directa incidencia en la solución del problema jurídico en este asunto.

En términos generales, **el control formal se ocupa de la verificación del cumplimiento de las exigencias legales para la estructuración de un acto o trámite.**

El control material representa el ejercicio de una potestad de mayor relevancia en el proceso, recae sobre aspectos con injerencia de carácter sustancial o constitucional en el proceso penal ordinario o abreviado, corresponden a situaciones vinculadas con los supuestos de hecho o jurídicos del problema a resolver.

El ámbito de los controles depende de la fase procesal y su objeto, pero, esta *“intromisión ..., debe ser objetiva, manifiesta, patente, evidente, y no responder a una postura subjetiva, ni a una valoración distinta del caso, ni a una opinión contraria a la de la fiscalía, ni a la aplicación de un criterio dogmático diferente* (CSJ SP, 06-02-2013, Rdo. 39892).

Al amparo del control material se debe velar porque los hechos revelados por las evidencias o los elementos de pruebas allegados, se asuman como la verdad demostrada y no sean alterados sustancialmente en detrimento de los derechos de las víctimas, tampoco para sacrificar las consecuencias jurídicas y sancionatorias que corresponden a la responsabilidad penal por el delito cometido, más aún tampoco para validar beneficios que de manera aberrante desprestigian la administración de justicia dadas las circunstancias el caso, todo lo cual encuentra

soporte, entre otras disposiciones, en los artículos 5, 10, 11, 116 y 348 del C de P.P.

El juez tiene ese deber, que debe ejercer en situaciones excepcionales, para prevenir el desconocimiento del objeto del proceso, garantías, principios y valores en los que se estructura la justicia penal en el ordenamiento jurídico colombiano.

En el asunto sub judice la Sala hará control material respecto de los hechos y de la imputación jurídica que de ese control se deriva, por las razones que se expresan en el respectivo acápite en el que se examina el error cometido por la fiscalía en detrimento de las garantías, los principios y valores que fueron quebrantados y que obligan a la invalidación desde la formulación de la acusación, acto procesal éste en el que jurídicamente se puede ajustar a derecho la actuación».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Formulación de la acusación: funciones del juez, no puede hacer control material, evolución jurisprudencial / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: control material por parte del juez, alcance

«En el radicado 45594 (05-10-2016) se puso de presente **las tres tendencias de la Sala en cuanto a la posibilidad de ejercer control sobre la acusación así:**

«Sobre la posibilidad de control de estos actos, de los que la fiscalía es titular indiscutible, los desarrollos jurisprudenciales de la Sala permiten identificar tres tendencias, (i) la que niega cualquier posibilidad de control material de la acusación y de los acuerdos, (ii) la que permite un control material más o menos amplio con injerencia en temas como tipicidad, legalidad y el debido proceso, y (iii) **la que acepta un control material restringido o excepcional, limitado solo a situaciones manifiestas de violación de garantías fundamentales.**»

Y destacó que la postura imperante era:

«**La tercera postura,** que acepta un control material restringido de la acusación y los acuerdos, se sustenta en una interpretación sistemática de los artículos 350 inciso segundo numeral segundo, 351 inciso cuarto, 443 inciso primero y 448 del estatuto procesal penal, frente a los contenidos y alcances de los fallos de Constitucionalidad 1260 de 2005 y C-059 de

2010, y los principios que rigen el sistema acusatorio».

[...]

Todo lo anterior le permite a esta Sala concluir que, si bien no hay doctrina pacífica en la CSJ sobre el alcance de estas facultades, sí puede sostenerse que (i) **la facultad discrecional de los fiscales delegados para preacordar es reglada** y se encuentra limitada, y que (ii) **los jueces de conocimiento no están obligados a aceptar el preacuerdo sin importar los términos en que fue pactado el mismo**; por el contrario, están llamados a constatar que tales límites hayan sido respetados por el ente acusador al momento de negociar. No obstante, es preciso aclarar que el tipo de análisis que le compete realizar a los jueces penales de conocimiento es un control de límites constitucionales y legales de los preacuerdos, no un control pleno e ilimitado que, sin duda, desnaturaría esta institución de la justicia negociada y amenazaría la imparcialidad judicial propia del sistema penal acusatorio colombiano.

Por último, este control que realizan los jueces de conocimiento de los preacuerdos, a diferencia de lo dispuesto por algunas sentencias de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia[265], no se advierte incompatible con el papel imparcial que ha de fungir el juez en un modelo acusatorio. La posibilidad de que el juez penal realice control material obedece, principalmente, a su calidad de juez constitucional. Además, lo anterior no impide que tanto la activación como el impulso de la pretensión punitiva estatal continúen, exclusivamente, en cabeza de la Fiscalía General de la Nación en quien, según la Constitución y la ley, recae el deber de acusar o presentar preacuerdos ante los jueces de conocimiento (artículos 250.4 de la C.N. y 336 y 339 inciso 2° del C.P.P.).».

[...]

Así las cosas, **ante los evidentes graves errores en los que incurrieron las instancias**, específicamente la Fiscalía, que afectó de manera grave e irreparable la justicia material que el caso reclamaba, los hechos y consecuencias jurídicas

relevantes imputados y no desvirtuados, **es deber de la Sala intervenir** para que se corrijan los yerros en la presente actuación, **invalidado la actuación desde la acusación** para rehacer lo actuado y ajustarla en términos de mantener incólume el objeto del proceso penal y los derechos fundamentales, a través del respeto estricto al principio de legalidad, ajustar la actuación al debido proceso, otorgarle garantías a las víctimas en la satisfacción de sus derechos y, cumplir con la obligación institucional, derivada del Bloque de Constitucionalidad, de adoptar un enfoque diferencial de género en el abordaje de casos como el que ahora se analizan, cuyo desconocimiento apareja graves violaciones de derechos humanos (tal como se explicó en líneas anteriores).

[...]

La decisión que se adopta garantiza que el procesado tenga un juicio justo y oportuno, legitima el poder punitivo del Estado y dota a la víctima de herramientas para lograr que sus derechos a la verdad, justicia y reparación no se erijan en meros enunciados que en últimas se traducen en prácticas nugatorias del acceso a la justicia. De no anularse lo actuado, se habilitarían espacios de dilación injustificada que resultan contrarios al principio de celeridad, que generan incertidumbre en la situación jurídica del procesado, con las caras repercusiones en los derechos fundamentales que implica atender un complejo proceso penal.

[...]

Recuérdese, como se explicó en otro aparte de esta decisión, la mutación de la verdad derivada de los hechos demostrados en la acusación, derivó en un beneficio no solamente para disminuir la sanción, sino que se le dio alcances con incidencia en la responsabilidad, en la medida en que no se condenó por el delito cometido sino por un ilícito convenido ilegalmente».

(Texto resaltado por la Relatoría)

SISTEMA PENAL ACUSATORIO
Formulación de la imputación: requisitos, relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, alcance

Al resolver una demanda de casación en un caso de presunta estafa, la Sala recordó el deber de la fiscalía de realizar un análisis riguroso del aspecto fáctico señalado en la imputación a través de los hechos jurídicamente relevantes, los cuales deben garantizar el derecho de defensa y establecer el ámbito de acusación dentro del que se desarrollara el debate probatorio, esto por cuanto el acusador se limitó a transcribir la denuncia contra dos procesadas sin especificar claramente las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que aquellas intervinieron, e incluso dejando por fuera todo aspecto relacionado con una tercera acusada, debiendo la Corte finalmente declarar la nulidad desde la audiencia de imputación.

SP741-2021 (54658) del 10/03/2021

Magistrado Ponente:

Diego Eugenio Corredor Beltrán

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Acusación y sentencia: no se pueden incluir hechos no contemplados en la acusación / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - Concepto: garantía inmanente a los derechos al debido proceso y a la defensa, en su componente de contradicción / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Formulación de la imputación: requisitos, relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, alcance

«La Sala de manera reiterada ha señalado que el principio de congruencia se constituye en una garantía del debido proceso que implica asegurarle al procesado una efectiva defensa, de modo que solo podrá ser condenado por los hechos y los delitos contenidos en la acusación. Se evita así sorprenderlo con imputaciones respecto de las cuales no se defendió y no ejerció su derecho de contradicción (ver, entre otras, CSJ SP, 15 may. 2008, rad. 25913 y CSJ SP, 16 mar. 2011, rad. 32685; CSJ SP6354-2015, rad. 44287; CSJ SP9961-2015, rad. 43855; CSJ SP5897-2015, rad. 44425; CSJ SP15779-2017, rad. 46965, CSJ SP20949-2017, rad. 45273)

No se discute, así mismo, que la congruencia opera en los planos fáctico, jurídico y personal. Al respecto, la Sala ha indicado que la determinación jurídica posee una connotación si

se quiere flexible, por lo tanto, resulta factible que en curso del juicio se pueda modificar la misma, dentro de las limitaciones que al efecto han establecido la ley y la jurisprudencia de la Corte. Sin embargo, de manera pacífica se ha establecido que la descripción fáctica - o hechos jurídicamente relevantes, como así lo rotula la Ley 906 de 2004-, no puede ser objeto de modificación sustancial a lo largo del proceso, entendido este como el trámite formalizado que comienza con la formulación de imputación y termina con la sentencia ejecutoriada.

Sobre este último punto, esto es, la correspondencia factual que debe existir entre la imputación, la acusación y la sentencia, y la imposibilidad de acusar y condenar a una persona por hechos jurídicamente relevantes que no le fueron comunicados en la audiencia de formulación de imputación, [...].

[...]

En conclusión, **si en las audiencias de formulación de imputación y de acusación, el fiscal no define de manera clara, completa y suficiente los hechos jurídicamente relevantes**, a tal punto que el indiciado o imputado no haya tenido la posibilidad de conocer por qué hechos se le vincula no está siendo investigado, **se vulnera de manera flagrante el debido proceso - congruencia y defensa-, y el único remedio posible es la nulidad de la actuación.**

De otro lado, **acusar y condenar a un procesado por hechos no comunicados en la audiencia de formulación de imputación, conlleva una lesión severa del debido proceso en términos de su estructura y garantía**, que afecta gravemente el derecho a la defensa, contradicción, igualdad de armas, principio acusatorio y congruencia».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Formulación de la acusación: requisitos, relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, deber de la Fiscalía de determinarlos, parámetros para hacerlo / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Hechos jurídicamente relevantes: no se les debe agregar el resumen del contenido de elementos de prueba ni la relación de actuaciones procesales / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Formulación de la imputación: requisitos, relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, diferentes a los hechos indicadores y medios de prueba

«La Sala de manera reiterada, ha señalado que **para la construcción de los hechos jurídicamente relevantes es imprescindible que:** (i) se interprete de manera correcta la norma

penal, lo que se traduce en la determinación de los presupuestos fácticos previstos por el legislador para la procedencia de una determinada consecuencia jurídica; (ii) el fiscal verifique que la hipótesis de la imputación o la acusación abarque todos los aspectos previstos en el respectivo precepto; y (iii) se establezca la diferencia entre hechos jurídicamente relevantes, hechos indicadores y medios de prueba, bajo el entendido que la imputación y la acusación concierne a los primeros, sin perjuicio de la obligación de relacionar las evidencias y demás información recopilada por la Fiscalía durante la fase de investigación -entendida en sentido amplio-, lo que debe hacerse en el respectivo acápite del escrito de acusación (CSJ SP, 08 Marzo 2017, Rad. 44599; CSJSP, 08 Marzo 2017, Rad. 44599, CSJ SP1271-2018, Rad. 51408; CSJ SP072-2019, Rad. 50419; CSJ AP283-2019, Rad. 51539; CSJ SP384-2019, Rad. 49386, entre otras)

Sobre este último punto, la Corte ha señalado que **la mezcla de los contenidos probatorios con los hechos jurídicamente relevantes** objeto de acusación, **no solo conspira contra la claridad y brevedad** de que trata el artículo 337 del Código de Procedimiento Penal, **sino en disfavor de la eficacia y prontitud de la administración de justicia**. Además, podría afectar el principio de congruencia, el derecho de defensa del procesado e incidir en la delimitación del tema probatorio, dando lugar a que el juez acceda prematuramente a dicha información sin que se agote el debido proceso probatorio.

Ahora bien, como en la construcción de los hechos jurídicamente relevantes, se arraigó la mala práctica de comunicar los cargos a través de la relación del contenido de las evidencias y demás información recaudada por la Fiscalía durante la fase de indagación, confundiendo los hechos jurídicamente relevantes, los indicadores y los medios de prueba, la Corte de manera reciente señaló que en cada caso debe evaluarse si, a pesar de ello, el imputado tuvo la posibilidad de conocer el componente fáctico y jurídico de los cargos enrostrados (CSJ SP2042-2019, Rad. 51007):».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Hechos jurídicamente relevantes: delimitación ante pluralidad de sujetos activos

«**Sobre la delimitación de los hechos jurídicamente relevantes ante la pluralidad de**

sujetos activos, la Sala ha establecido que en esos eventos **la Fiscalía debe precisar**: (i) cuál fue el delito o delitos cometidos, con especificación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar; (ii) la participación de cada imputado o acusado en el acuerdo orientado a realizar esos punibles; (iii) la forma cómo fueron divididas las funciones; (iv) la conducta realizada por cada persona en particular; (v) la trascendencia del aporte realizado por cada imputado o acusado, lo que, más que enunciados genéricos, implica establecer la incidencia concreta de ese aporte en la materialización del delito; etcétera (CSJ SP5660-2018, Rad. 52311).».

ESTAFA - Elementos que se deben determinar en los hechos jurídicamente relevantes

«[...] **la imputación del delito de estafa agravada** previsto en los artículos 246 y 247 numeral 1° del Código Penal, **procede cuando la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes incluye**: a) despliegue de un artificio o engaño dirigido a suscitar error en la víctima; b) error o juicio falso de quien sufre el engaño, determinado por el ardid; c) obtención, por ese medio, de un provecho ilícito; d) perjuicio correlativo de otro; e) sucesión causal entre el artificio o engaño y el error, y entre éste y el provecho injusto que refluye en daño patrimonial ajeno; y f) el medio fraudulento utilizado tenga relación con vivienda de interés social (CSJ SP3233-2017, Rad. 48279, CSJ SP11839-2017, Rad. 44071)».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Hechos jurídicamente relevantes: corresponde a la fiscalía establecer las circunstancias del tiempo, modo y lugar, así como la existencia de los elementos del tipo y las categorías de antijuridicidad y culpabilidad / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Determinación de los hechos jurídicamente relevantes: no se suple con la lectura de la denuncia / **ESTAFA** - Elementos: artificio, ardid o engaño, demostración / **NULIDAD** - Debido proceso: se configura, cuando la imputación no contiene una relación adecuada de los hechos jurídicamente relevantes

«[...] **en la estructuración de los hechos jurídicamente relevantes, el Fiscal en lugar de limitarse a exponer de manera sucinta y clara la hipótesis fáctica**, indicando las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos enrostrados a las procesadas, la participación de cada una de ellas

en el plan criminal, la conducta que se les atribuía, los elementos estructurales del delito imputado, etc.; **lo que hizo fue referir el contenido de la denuncia.**

Olvidó el Fiscal que el acto de denuncia tiene carácter informativo, pues se limita a poner en conocimiento de la autoridad encargada de investigar, la perpetración de una conducta presumiblemente delictuosa, pero «no constituye fundamento de la imputación, ni del grado de participación, o de ejecución del hecho, careciendo, en sí misma, de valor probatorio» habida cuenta que, además de no estar consagrada como tal en el Título II, Capítulo Único, del Libro II de la Ley 906 de 2004, **no ostenta la virtud de demostrar per se la presunta comisión de una conducta ilícita**, con indicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizó, así como de los presuntos autores o partícipes, pues, a quien le corresponde tal labor es al funcionario judicial, función que en el presente asunto no fue cumplida (CC C-1177-2005; CSJ STP3038-2018, Rad. 96859).

Ello conspiró contra la claridad y brevedad que debe caracterizar este acto procesal, pero, además, **socavó las garantías fundamentales de las procesadas, porque no tuvieron la posibilidad de conocer el componente fáctico de los cargos enrostrados**, con lo cual se violó el debido proceso y se afectó de manera trascendente el derecho a la defensa y el principio de congruencia.

En efecto, de la lectura que realizó el delegado de la Fiscalía en las audiencias de formulación de imputación y acusación, saltan a la vista los siguientes yerros:

(a) **El Fiscal no hizo ninguna imputación fáctica respecto de la indiciada AGC**, al punto que ni siquiera fue mencionada en la lectura que realizó de lo que erradamente consideró “*hechos jurídicamente relevantes*”.

Durante toda la lectura, el delegado de la Fiscalía se refirió a las denunciadas CLV y GOOA, pero nunca incluyó a AGC. Y, si bien en algunos apartes atribuyó algunas acciones a la Junta Directiva de la asociación [...], es lo cierto que jamás indicó que AGC pertenecía a aquella asociación.

No cabe duda que **la manifestación del Fiscal sobre los «hechos jurídicamente relevantes», no comprendió ninguna acción atribuible a AGC,**

pues, no mencionó, entre otros aspectos indispensables: (i) qué acción llevó a cabo la acusada, de manera que pueda calificarse de artificiosa o engañosa, dirigida a inducir o mantener en error a las víctimas, o cuál fue su contribución o aporte a la ejecución del acto de estafar; y (ii) cuál fue el provechó ilícito que percibió, si fue para ella o para un tercero.

Por lo tanto, **la imputación jurídica del delito de estafa agravada en contra de AGC se encuentra desprovista de imputación fáctica**, con lo cual se violó el debido proceso y el derecho a la defensa, pues, nunca supo qué hechos en concreto se le atribuían y de cuales debía defenderse.

(b) **El fiscal nunca explicó cuáles fueron los artificios o engaños cometidos por las procesadas CLV y GOOA**, para inducir o mantener en error a las presuntas víctimas.

La Corte desde antaño y en reiteradas ocasiones ha tenido la oportunidad de pronunciarse en torno a los elementos que agotan el punible de estafa, y específicamente sobre el empleo de artificios y engaños sobre la víctima y el error en la que ésta última debe incurrir como consecuencia directa de la maniobra engañosa.

[...]

Dicho esto, se advierte que el delegado de la Fiscalía manifestó que CLV y GOOA: (i) les impusieron a los socios multas violando el proceso establecido en los estatutos; y, (ii) a muchos asociados expulsados, no les devolvieron la totalidad de la inversión y quedaron debiendo dinero; sin embargo, **el delegado del ente instructor nunca explicó cómo ello se constituyó en un ardid para engañar a los socios**, con el fin de apropiarse del dinero de la sociedad.

De tal mención no se hace evidente cómo, inobservar el procedimiento previsto en los estatutos de la sociedad para sancionar a los socios, realiza el tipo objetivo de estafa; sumado a que nunca se explicó cuáles eran las consecuencias que debían asumir los socios expulsados, como para que se concluya que la no devolución de la inversión en esos casos se constituye per se en un actuar delictuoso.

También dijo que CV se hacía reelegir como presidenta de la Junta Directiva utilizando artificios y engaños para mantener e inducir en error a la mayoría de los inicialmente asociados;

sin embargo, **el Fiscal jamás manifestó en qué consistieron tales artilugios o cuál es el beneficio patrimonial**, con el consecuente desmedro de las víctimas, que este acto arroja.

Aseveró que CLV (i) compró varios lotes a favor de la asociación en cuantía de \$92.500.000, sin verificar la viabilidad o factibilidad para construir dichas viviendas; (ii) que los inmuebles adquiridos por ella no eran aptos para construir, por lo que no se podía expedir licencia de urbanización; y (iii) que la Junta Directiva compró materiales, contrató personal e inició obras de construcción, la cual fue paralizada días después por la Secretaría de Planeación de este municipio.

De estos enunciados no se advierte el despliegue de un engaño precedente o concurrente, idóneo para lograr que la víctima caiga en una visión equivocada de la realidad que la lleve a ejecutar un acto dispositivo sobre su patrimonio, generador de un perjuicio para sí y, coetáneamente, de un beneficio de la misma índole para quien la induce en error, como lo exige el tipo penal, en tanto que, tales afirmaciones dan cuenta que el dinero aportado por los socios fue invertido en la misma sociedad, con la compra de los lotes y materiales para hacer la obra, y no en beneficio de las indiciadas.

[...]

Más adelante dijo el Fiscal, que CLV cobra por su gestión, y paga con el dinero de la sociedad el arriendo y los servicios públicos de la casa donde ella reside; sin embargo, estos hechos, que tampoco se precisan en sus efectos, **no se explican en el acápite como constitutivos de algún tipo de artificio, que permita asumir efectivamente definido un delito de estafa**, entre otras razones, porque ningún artificio o engaño se sustenta y tampoco el beneficio se hace depender de este. Ni siquiera se expone por qué la acusada no podía cobrar por su función.

Junto con lo anotado, **no se les comunicó a las procesadas cuál fue el provecho ilícito obtenido, quiénes en concreto emergen afectados o en cuál o cuáles de las tantas y variadas actividades descritas se generó el mismo**, pues, tanto en la imputación como en la acusación el delegado de la Fiscalía manifestó que determinaría el monto del provecho en el curso de la investigación, pero nunca lo hizo.

En este punto, debe relevarse que la obtención de un provecho ilícito propio o ajeno, corresponde a la utilidad o beneficio económico o patrimonial correlativo al daño económico causado al sujeto pasivo que es engañado a través de artificios o engaños.

Es así que, tal ventaja o utilidad de naturaleza injusta, equivale al elemento material del delito en examen, por lo que la conducta solo se consuma cuando el estafador obtiene la ganancia o prestación que se propone, la cual es directa consecuencia de la inducción en error producto de las maniobras fraudulentas desplegadas por el actor (CSJ SP20949-2017, Rad. 45273).

Por lo tanto, la obtención de un provecho ilícito hace parte de la estructura típica del delito de estafa, no solamente como propósito finalístico constitutivo del dolo, sino también como elemento indispensable para la conformación del injusto penal; por lo tanto, una correcta imputación fáctica del delito de estafa, obliga a que el fiscal le comunique al imputado cual fue el provecho ilícito obtenido; sin embargo, el Fiscal del caso nunca definió esta específica circunstancia.

En resumen, **el delegado de la Fiscalía les enrostró a las procesadas CLV y GOOA el delito de estafa agravada, sin embargo, nunca les comunicó:** (i) cuales fueron los artificios o engaños que realizaron, dirigidos a suscitar un error en las víctimas; (ii) cuál fue el error o el falso juicio que se representaron las víctimas, como consecuencia del despliegue de las conductas artificiosas de las implicadas; (iii) en qué consistió el provecho ilícito obtenido por las implicadas; y (iv) quiénes fueron las víctimas y a cuánto se elevó el perjuicio respecto de cada una de ellas.

La imputación, reiterado en la acusación, **apenas representa un inútil esfuerzo por detallar las que dijeron las denunciantes** conductas inadecuadas adelantadas por las procesadas, o mejor, dos de ellas, sin ningún tipo de concreción fáctica hacia determinada conducta penal, como si el fiscal no considerase necesario investigar los hechos o establecer una hipótesis plausible para el efecto.

[...]

[...] **el juez de primera instancia condenó a CLV, GOOA y AGC por hechos que jamás le fueron atribuidos**, con lo cual se violó también el principio de congruencia.

[...]

El Tribunal, por su parte, **adoptó una actitud silente frente a la evidente transgresión de los derechos y las garantías procesales** de CLV, GOOA y AGC, y confirmó en todas sus partes la sentencia de condena impugnada.

El simple cotejo de los hechos enrostrados a las implicadas en las audiencias de formulación de imputación y acusación, con los sucesos por los cuales CLV, GOOA y AGC fueron condenadas como autoras del delito de estafa agravada, deja en evidencia que **las implicadas fueron declaradas responsables por hechos que no les fueron comunicados o atribuidos a ninguna de ellas ni en la imputación ni en la acusación**, con lo cual los falladores vulneraron el principio de congruencia, debido proceso, defensa y contradicción.

[...]

En suma, verificado que en el trámite del proceso se afectó de manera profunda su estructura básica, pero, además, que fueron violados los derechos de defensa y contradicción, **la Sala entiende necesario acudir al remedio máximo de la nulidad**, como única manera de restañar el daño causado.

La invalidez se remite a la formulación de imputación, inclusive, para que la Fiscalía y el

Juzgado ajusten su actuación al debido proceso, en los términos indicados a lo largo de este fallo».

NULIDAD - Debido proceso: se configura, cuando en la acusación la fiscalía incumple con la obligación de expresar claramente la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes / **NULIDAD** - Principios de convalidación y trascendencia: no aplican para violaciones al debido proceso

«[...] ha de indicarse que, contrario a lo expuesto por los apoderados de las víctimas, quienes de manera coincidente afirmaron que el yerro en el que incurrió el Fiscal había sido convalidado por la defensa, en tanto que, en ninguna oportunidad procesal manifestaron su desacuerdo con la imputación fáctica, ha de indicarse que **la omisión de relacionar en la imputación y la acusación los hechos jurídicamente relevantes, afecta la estructura misma del proceso, por lo que no es posible acudir a los correctivos de las nulidades, dígame los de convalidación y trascendencia**, para superar su declaratoria, entre otras razones, porque es claro, como ya se explicó suficientemente, que los actos procesales en cita, dada su condición de básicos en la estructura antecedente-consecuente-, no cumplieron con su función primordial y, de igual manera, sí afectaron garantías fundamentales».

(Texto resaltado por la Relatoría)

DERECHOS DE AUTOR

Reconocimiento de obras jurídicas

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por la defensa de un ciudadano que presentó falsamente la titularidad sobre una obra jurídica para obtener puntos adicionales en un concurso para acceder a la carrera notarial, siendo condenado por los delitos de fraude procesal, falsedad en documento privado y obtención de documento público falso, (se precluyó el delito de violación a los derechos morales de autor al haber indemnizado los perjuicios ocasionados con la conducta). En dicho fallo la Sala de Casación Penal precisa varios elementos de la conducta contra los derechos de autor, especialmente lo relacionado con los textos jurídicos y su denominación de

obra; de igual manera precisa el concurso aparente de tipos entre falsedad ideológica en documento público y fraude procesal.

SP887-2021 (52344) del 10/03/2021

Magistrado Ponente:

Patricia Salazar Cuéllar

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE AUTOR
- Puede concursar con los delitos contra la fe pública y la eficaz y recta impartición de justicia que medien en su realización

En orden de resolver los problemas jurídicos planteados por el demandante, debe inicialmente precisarse que **la acusación presentada contra AASF se redujo a los delitos de Fraude procesal, Falsedad en documento privado y Obtención de documento público falso**, toda vez que **la conducta tipificada como Violación a los derechos morales de autor**, que inicialmente le había sido imputada, **fue objeto de preclusión de la investigación en razón de haberse producido la indemnización integral a las víctimas**.

No obstante lo anterior, debe decirse que **el origen de las demás conductas punibles, las que finalmente fueron objeto de acusación y de condena, resultaron ser una derivación fáctica de aquella**, en tanto su realización se contrajo al hecho de que se inscribió en el registro de autor a nombre del acusado la obra «*Medidas y reglamentos laborales que han incidido en el menor trabajador*», cuyos creadores en realidad habían sido, con otro título, JBM y RJMB.

Aquella circunstancia relativa a **la extinción de la acción penal en relación con la conducta lesiva de los derechos de autor**, como se verá, **no tiene ningún efecto frente a la comisión de las conductas lesivas de la fe pública y la eficaz y recta impartición de justicia**, aunque la comprobación de que hubo un plagio en el documento registrado como obra intelectual y su empleo para obtener un acto administrativo resulta determinante para su estructuración.

INTERPRETACIONES PREJUDICIALES DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA - Alcance / **INTERPRETACIONES PREJUDICIALES DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA** - El juez nacional puede discrecionalmente elevar la consulta al Tribunal Andino en caso de duda / **ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA COMUNIDAD ANDINA** - Interpretación prejudicial: aplicación

Sobre la supuesta obligatoriedad de las Interpretaciones Prejudiciales del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, reclamada por el demandante, bastaría con mencionar, como ya lo ha puntualizado esta Sala, que en el Tratado de Creación de esta instancia (reformado a través del Protocolo Modificatorio que aparece en la Decisión 472 de 1996 y a su vez aprobado por medio de la Ley 457 de 1998, la cual fue declarada exequible en la sentencia C-227 de

1999), en el artículo 33, se dispone que «*Los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas*», y en el artículo 35 ibídem se establece que «*El juez que conozca el proceso deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal*», de donde se sigue que **se trata de una alternativa que tienen los funcionarios judiciales de acudir ante dicho Tribunal** y, de hacerlo, la hermenéutica allí plasmada debe ser acogida por el juez que ha realizado la consulta.

No se trata, por lo tanto, de pronunciamientos que resulten vinculantes per se y erga omnes, sino solo inter partes y bajo la condición anotada de acudir de manera circunstancial a dicho órgano a fin de dilucidar aspectos relativos a la interpretación de alguna norma del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina que sea objeto de controversia dentro del proceso judicial, como de manera pacífica lo ha entendido no solamente esta Sala sino también el Consejo de Estado.

En el presente caso ninguna controversia surge sobre el hecho concreto de haberse plagiado por el acusado la obra elaborada por JBM y RJMB, intitulada «*Normas y Reglamentos que inciden en el menor trabajador*», presentada para optar al título de abogados de la Universidad [...], lo que emerge con meridiana claridad del dictamen presentado por el perito documentólogo DACM.

Se demostró, además, que fue esa la misma obra que bajo el título de «*Medidas y reglamentos laborales que han incidido en el menor trabajador*», se registró en nombre del procesado SF ante la Dirección Nacional de Derechos de Autor, con lo cual obtuvo el Certificado de registro de obra literaria inédita, asentado en el libro 10, tomo 156, partida 152, expedido por el jefe de la oficina de registro de aquella Dirección.

Como se ha dicho, **en virtud de un acto indemnizatorio el procesado obtuvo que se decretara la preclusión del delito de Violación a los derechos morales de autor, lo cual no impide considerar, como un hecho demostrado, que el acusado registró a través de abogado una obra de carácter literario de la que no era titular** y que, según fue sustentado por los jueces de instancia, cumplía con las características establecidas en el artículo 61 de

la Constitución Política, las Leyes 23 de 1982 y 44 de 1993 **y en la Decisión Andina 351 de 1993** correspondiente al régimen común sobre derecho de autor y derechos conexos en Colombia.

De manera que, bajo esas condiciones, no existía en el presente caso «*inseguridad jurídica*» que, como lo plantea el recurrente, obligara a una solicitud de interpretación prejudicial al Tribunal Andino de Justicia a fin de que se le brindara al juez de conocimiento «los elementos necesarios para dictar su sentencia».

DERECHOS DE AUTOR - Marco normativo / **DERECHOS DE AUTOR** - Principio de no protección de ideas / **DERECHOS DE AUTOR** - Principio de originalidad / **DERECHOS DE AUTOR** - Obra: concepto / **DERECHOS DE AUTOR** - Régimen de limitaciones y excepciones a estos derechos / **DERECHOS DE AUTOR** - Reconocimiento de obras jurídicas

Como se ha dicho, el marco jurídico aplicable en Colombia sobre los derechos de autor está básicamente conformado por el artículo 61 de la Constitución Política, las Leyes 23 de 1982 y 44 de 1993, pero además por los instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, en ese orden, conforme se precisó en AP, nov. 13 de 2012, rad. 35097: (i) Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 27, adoptada en 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas; (ii) Pacto Internacional de Nueva York, artículo 15, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966; (iii) Decisión 351 de la Comisión de Acuerdo de Cartagena de diciembre de 1993; (iv) Convención Universal sobre Derechos de Autor, creada por la UNESCO en 1952 y revisada el 24 de julio de 1971, ratificada en Colombia por la Ley 48 de 1975; (v) Convención de Berna para la Protección de las obras literarias y artísticas de 9 de noviembre de 1886, a la cual se adhirió Colombia mediante la Ley 33 de 1987; (vi) Convención de Roma para la protección de los artistas, intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión, suscrita en Roma el 26 de octubre de 1961, Colombia se hizo miembro del Convenio con la Ley 48 de 1975 y; (vii) el Acuerdo de la Organización Mundial de Comercio y la OMPI de 22 de diciembre de 1995, Colombia se acogió a la OMC a través de la Ley 170 de 1994.

[...]

De esa manera, se distinguen como **principios que regulan los derechos de autor**, los de no protección de ideas y de originalidad, que tienen incidencia en el ámbito de protección penal.

En relación con el primero de esos principios, se tiene que **el derecho de autor protege la forma de expresión y no las ideas por más novedosas y brillantes que estas sean**. En ese sentido, el inciso 2° del artículo 6° de la Ley 23 de 1982, dispone que: «*Las ideas o contenido conceptual de las obras literarias, artísticas y científicas no son objeto de apropiación. Esta ley protege exclusivamente la forma literaria, plástica o sonora, como las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas en las obras literarias, científicas y artísticas*».

A su vez, el artículo 7° de la Decisión 351 de la Comunidad Andina sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos (Acuerdo de Cartagena), establece que: «*Queda protegida exclusivamente la forma mediante la cual las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas en las obras...No son objeto de protección las ideas contenidas en las obras literarias y artísticas, o el contenido ideológico o técnico de las obras científicas, ni su aprovechamiento industrial o comercial*».

Por lo tanto, como lo ha puntualizado esta Sala, «*lo que protege el derecho es el estilo, el lenguaje, las formas utilizadas para expresar el pensamiento humano*».

De igual manera, según se ha precisado, el artículo 3° de la **Decisión Andina 351 de 1993**, define «**obra**» como «**toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma**», definición de la cual se deriva como característica esencial del derecho de autor el concepto de «**originalidad**», que hace referencia a la «*individualidad*» que el autor imprime en la obra y que permite distinguirla de cualquier otra del mismo género, sin que ello sea sinónimo de novedad ni dependa del valor o mérito artístico, científico o literario, ni de su destino o forma de expresión .

Así mismo, debe señalarse que el derecho de autor también tiene limitaciones que se dirigen a mantener el equilibrio entre el interés individual de carácter patrimonial del titular de los respectivos derechos y el derecho de la sociedad a la difusión de la cultura y el acceso al

conocimiento. Así, el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, la Ley 23 de 1982 y la Decisión Andina 351 de 1993 del Acuerdo de Cartagena, contienen un régimen de limitaciones y excepciones al derecho de autor, que permiten, en ciertas circunstancias, utilizar textos de terceros sin obtener autorización del autor o titular y sin el pago de remuneración o contraprestación alguna, siempre y cuando se respeten y cumplan los requisitos establecidos en la misma normatividad: i) Derecho de cita (artículos 10° del Convenio de Berna, 31 de la Ley 23 de 1982 y 22, literal a), de la Decisión Andina 351 de 1993); ii) reproducciones con fines de enseñanza (artículos 10°, numeral 2°, del Convenio de Berna, 32 de la Ley 23 de 1982 y artículo 22, literal b), de la Decisión Andina 351 de 1993); iii) reproducción para uso personal (artículos 9°, párrafo 2°, del Convenio de Berna, 37 y 44 de la Ley 23 de 1982 y 3° de la Decisión Andina 351 de 1993); iv) reproducción de artículos de actualidad (artículos 10° bis del Convenio de Berna, 37 de la Ley 23 de 1982 y 3° de la Decisión Andina 351 de 1993); v) reproducción de obras en favor de bibliotecas y archivos (artículos 38 de la Ley 23 de 1982 y 22, literal c), de la Decisión Andina 351 de 1993); vi) reproducción de obras para fines judiciales (artículos 42 de la Ley 23 de 1982 y 22, literal d), de la Decisión Andina 351 de 1993); vii) reproducción de normas y decisiones judiciales (artículo 41 de la Ley 23 de 1982); viii) reproducción y utilización de obras situadas en lugares públicos o abiertos al público (artículos 39 de la Ley 23 de 1982 y 22, literal h), de la Decisión Andina 351 de 1993); y, ix) reproducción de obras creadas por empleados o funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones (artículo 91 de la Ley 23 de 1982).

Bajo aquellos principios en los que se fundamentan los derechos de autor y con las limitaciones que se derivan del interés por la divulgación de la creación de la que se nutren las obras, **debe concluirse que la obra «Normas y Reglamentos que inciden en el menor trabajador»**, elaborada por JBM y RJMB, en cuanto creación intelectual de carácter escrito, **tenía la condición de una obra literaria**, puesto que en ella se concretó materialmente por sus autores una idea que por sus características participa de la condición de ser protegida por el Derecho de Autor.

Esa condición de obra intelectual no se disipa por la circunstancia de tratarse, como se

afirma por el demandante, **de una compilación normativa**, en tanto se reconoce allí un esfuerzo creativo relacionado con la organización y fundamentación de unos conceptos en torno al tema atinente al menor trabajador, sobre el cual sus autores presentaron una visión de la problemática desde la perspectiva normativa. Para ello, obviamente, debían valerse de las distintas normas expedidas en torno al asunto tratado, lo que implicó de suyo una selección, clasificación y depuración del cuerpo normativo, **lo cual le imprimió un sello de originalidad** que se materializó en un ensayo en el que se plasmó la idea tutelar del trabajo presentado para optar el título de abogados en la Universidad [...].

No en vano, con el inocultable propósito de reivindicar la paternidad intelectual y, con ello, los derechos morales de autor, sobre una creación que no le pertenecía, **el acusado SF decidió registrar a su nombre el mismo texto**, sin siquiera introducir alguna modificación sustancial al mismo, **limitándose a cambiar el título de la obra** por el de «*Medidas y reglamentos laborales que han incidido en el menor trabajador*» y a suprimir y fundir algunos párrafos o imágenes, lo que en nada cambió la creación intelectual ajena, revelando a las claras una verdadera apropiación sobre la integridad de la obra en la que ya gravitaba el sentido de la individualidad que la hacía distinguible sobre cualquier otra del mismo género.

[...]

Debe enfatizarse, así mismo, que **la circunstancia de tratarse de un trabajo relativo a la normatividad sobre el tema referido, no le resta su condición de creación intelectual**, pues no se trataba de una mera reproducción de normas, permitida por el artículo 41 de la Ley 23 de 1982, sino de una sistematización en torno a una temática precisa, lo que implicó necesariamente un esfuerzo intelectual que se plasmó en un escrito tangible como medio del soporte de la obra.

De manera que no es cierto el planteamiento hecho en su demanda por el recurrente relativo a que, por contener una relación normativa, «*no tiene el carácter de originalidad que se requiere para que pueda ser considerada como tal, es decir, no es fruto de su ingenio ni de su capacidad y mucho menos se advierte su sello personal*». Esa consideración responde al **equivoco de asociar la protección del derecho de autor con la valoración del contenido de la obra**, cuando en

realidad, como ya se ha precisado, **la protección legal se produce con prescindencia de la calidad de la obra o de los aportes que pueda producir a la disciplina sobre la que versa el tema de la producción intelectual.**

En este caso en particular, la obra elaborada por JBM y RJMB no fue una simple citación de las normas que son, por su naturaleza, de libre reproducción, sino la estructuración de un concepto a partir de la introducción de un orden normativo compilado con criterios de pertinencia y homogeneidad, lo cual significó la expresión original de una idea dotada de un estilo o sello personal.

CASACIÓN OFICIOSA - Principio de legalidad / **CONCURSO APARENTE DE TIPOS** - Concepto / **CONCURSO APARENTE DE TIPOS** - Configuración: presupuestos básicos / **CONCURSO APARENTE DE TIPOS** - Principio de consunción: unidad de acción / **OBTENCIÓN DE DOCUMENTO PÚBLICO FALSO** - Concurso: no concursa con falsedad en documento privado cuando esta es un medio de inducción en error / **FRAUDE PROCESAL** - Se configura

Concluirá la Sala en la necesidad de casar oficiosamente el fallo recurrido para **declarar la existencia de un concurso aparente de conductas** punibles ente los delitos de Falsedad en documento privado y Obtención de documento público falso y un concurso material entre este último y el delito de Fraude procesal.

En este sentido, debe destacarse al contrastar los enunciados fácticos fijados en la sentencia impugnada, que a través de su apoderado el acusado usurpó la creación intelectual de los archivos donde reposaba el soporte del documento elaborado por sus creadores para presentarla como propia ante la Dirección Nacional de Derecho de Autor y obtener a su nombre su registro correspondiente, garantizándose de manera fraudulenta la condición jurídica que otorga la declaración sobre la autenticidad de los derechos de autor **con el definido propósito de obtener** la certificación de registro que como fundamento probatorio de la presunción de autoría fue presentada en el concurso público y abierto para el nombramiento de notarios en propiedad e ingreso a la carrera notarial, regentado por la Universidad de Pamplona, obteniendo el puntaje estipulado como si se tratara del autor de la obra.

La Falsedad de documento privado en este caso se infirió del hecho comprobado de haberse consignado en el poder que el acusado SF otorgó a su abogado JJPP para que a su nombre «registrara y recibiera la certificación correspondiente del libro de su autoría “Medidas y reglamentos laborales que han incidido en el menor trabajador”». Esa **manifestación falaz** que finalmente se hizo en la solicitud de registro, referida a que el acusado era el autor de la obra que en realidad había plagiado, produjo una consecuencia jurídica conforme a lo reglado en el artículo 53 de la Decisión Andina 351 de 1993 del Acuerdo de Cartagena consistente en la presunción de autoría de la creación intelectual [...].

[...]

Así las cosas, **cuando el acusado SF declaró**, por intermedio de su abogado, **que era el autor de la obra literaria en cuestión faltó al deber jurídico de veracidad, realizando, en principio**, el tipo penal de Falsedad en documento privado (artículo 289 del Código Penal), toda vez que la solicitud de registro es un documento privado elaborado para crear una relación de derecho que, cuando se introduce al tráfico social, con su presentación ante la oficina pública encargada de la protección de los derechos de autor, genera un daño inmediato a los terceros con interés, en tanto permite el ejercicio de ciertas prerrogativas, entre ellas, la obtención de su registro. De hecho, con la información falsa proporcionada, se registró la obra jurídica como inédita, asentándose en el libro 10, tomo 156, partida 152 de la oficina pública de Registro Nacional de Derechos de Autor.

Por otro lado, **el delito de Obtención de documento público falso se derivó del hecho demostrado de haberse inducido en error al servidor público** de la Dirección Nacional de Derechos de Autor **para que**, en ejercicio de sus funciones, **expidiera el Certificado de registro de obra literaria inédita** en nombre del procesado SF.

[...]

Ahora bien, en este caso en concreto **encuentra la Sala que existe una estrecha vinculación entre la declaración falaz sobre la autoría de la obra literaria y la certificación obtenida de parte del servidor público**, pues finalmente el acto declarativo desprovisto de verdad del acusado SF tenía como claro propósito el de

propiciar en el funcionario el certificado que finalmente se expidió.

Es por ello que **una cuidadosa contemplación de los supuestos fácticos demostrados** en el juicio oral y público permite sostener a la Sala que, **aunque en apariencia se presenta un fenómeno de concurrencia de tipos penales de Falsedad en documento privado y Obtención de documento público falso, realmente no se trató más que de una conducta desvalorada doblemente** cuando se le atribuyó al acusado como falsedad en documento privado de carácter ideológico su declaración sobre la autoría como propia de la obra intelectual, cuando **en realidad se trató de una misma acción incorporada al documento público falso obtenido por ese medio** de atribuirse un derecho que no le pertenecía.

Como ha tenido oportunidad de puntualizarlo esta Corporación, **el concurso aparente de tipos penales emerge** en aquellas hipótesis en que **una conducta pareciera simultáneamente concurrir en la estructura típica de diversos hechos punibles**, aun cuando una detenida valoración de la misma permite demostrar su exclusión entre sí, en forma tal que solamente un delito se consolida como existente.

[...]

Sin embargo, **ese comportamiento que en principio se adecúa al tipo penal de Falsedad en documento privado** (artículo 289 del Código Penal), **en realidad constituyó un acto de inducción en error** al funcionario de la Oficina de Registro de la Dirección Nacional de Derechos de Autor, con lo cual se obtuvo el Certificado de registro de obra literaria inédita contentivo de falsedades -en sentido ideológico-, lo que condujo a la emisión de un documento público.

Así, de acuerdo con las exigencias para considerar la concurrencia de un concurso

aparente de tipos penales, en el presente caso se presenta la existencia de una unidad de acción, en tanto la declaración vertida por el acusado y la certificación de esa manifestación expedida por el servidor público son la expresión de **un solo acto de voluntad dirigido al logro de un resultado**; con los delitos concurrentes se afectó el mismo bien jurídico; y, los dos tipos penales a los que se adecuó la conducta son excluyentes entre sí, de modo que la acción desplegada solo puede ser subsumida en uno de ellos, aquel que de manera más exacta se adapta a ella.

De esa manera, **la descripción de la inicial conducta punible** (falsedad documental privada) **corresponde al componente de inducción en error a un servidor público** requerido en el delito de **Obtención de documento público falso**, por tratarse de un hecho previo copenado que, conforme al principio de especialidad, **recoge todos los elementos de la falsedad documental instrumentalizada como forma de engaño**, por lo que finalmente se realizó el tipo penal del artículo 288 del Código Penal.

[...]

Se sigue de lo anterior, que **existen yerros que impiden mantener la condena por el delito de Falsedad en documento privado**, en razón de una indebida calificación jurídica de dichas conductas en el fallo recurrido, que **erró en el proceso de subsunción**. Por lo tanto, de manera oficiosa, la Corte entrará a su corrección casando parcialmente la sentencia en ese aspecto para definir que el juicio de responsabilidad al procesado SF lo será sólo por los delitos de Fraude procesal y Obtención de documento público falso, cometidos en concurso de conductas punibles.

(Texto resaltado por la Relatoría)

DERECHO DE DEFENSA

Apoderado: comunicación con el procesado

La Sala de Casación Penal señala el alcance del derecho de defensa, tanto en sus aspectos técnico y material, el derecho que le asiste al procesado de conocer todas las decisiones y audiencias adelantadas en el proceso, y

especialmente el de comunicarse con su apoderado para desarrollar su estrategia de defensa.

SP823-2021 (57194) del 10/03/2021

Magistrado Ponente:

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

DERECHO DE DEFENSA - Normatividad nacional / **DERECHO DE DEFENSA** - Normatividad internacional / **DERECHO DE DEFENSA** - Garantía de rango constitucional / **DERECHO DE DEFENSA** - Conformada por: defensa técnica y defensa material / **DEFENSA MATERIAL** - Ejercicio: derecho a ser oído y notificado de todas las actuaciones dentro del proceso / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Notificaciones, citaciones y comunicaciones: deber de la fiscalía de ubicar al procesado y del juez y el ministerio público de garantizar los derechos de las partes

«El casacionista alega violación del derecho de defensa con apoyo en que: (i) GMM no fue notificado -en realidad sería un asunto de comunicación- de la programación de las audiencias preparatoria y del juicio oral, como tampoco de las de lectura de los fallos de primera y segunda instancia; y (ii) el defensor público designado para que lo asistiera nunca estableció contacto con él, al paso que mostró negligencia en su gestión.

Para empezar, conviene recordar que el canon 29 de la Constitución Política dispone que **quien sea procesado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él o de oficio**, durante la investigación y el juzgamiento.

El Pacto Internacional de Derechos y Civiles y Políticos, en su artículo 14, numeral 3, literal d), prevé:

3. *Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:*

[...]

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su precepto 8, numeral 2, estatuye:

2. *Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:*

[...]

d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

Por su parte, el Código de Procedimiento Penal de 2004 establece, en el artículo 8, que el imputado tendrá derecho a

e) Ser oído, asistido y representado por un abogado de confianza o nombrado por el Estado;
[...]

g) Tener comunicación privada con su defensor antes de comparecer frente a las autoridades;

k) Tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediatez de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, en el cual pueda, si así lo desea, por sí mismo o por conducto de su defensor, interrogar en audiencia a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia, de ser necesario aun por medios coercitivos, de testigos o peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto del debate;

Esa codificación, en el canon 125, impone al defensor el deber de

1. Asistir personalmente al imputado desde su captura, a partir de la cual deberá garantizársele la oportunidad de mantener comunicación privada con él.

Y, en el 138, asigna a todos los servidores públicos, funcionarios judiciales e intervinientes en el proceso penal la obligación de «respetar, garantizar y velar por la salvaguarda de los derechos de quienes intervienen en el proceso».

Han sido múltiples los pronunciamientos de la Sala en torno a la protección del aludido derecho y, concretamente, en la sentencia CSJ SP154-2017, rad. 48128, [...].

[...]

En ese contexto, el **derecho de defensa no se contrae tan solo a la tarea que realiza el abogado** (defensa técnica), **sino también a las actividades de autodefensa que corresponden al mismo implicado** (defensa material), las cuales «*confluyen con la labor desplegada por el abogado con el mismo objetivo: defender al imputado*» (cfr. CC SU-014/01).

Debido a que la defensa técnica se materializa a través de actos de contradicción, impugnación, solicitud probatoria y alegación, **es necesario que el jurista** que la tenga a su cargo no se limite a una mera presencialidad, sino que despliegue acciones -cuando ello sea posible, dadas las particularidades de cada caso- orientadas a llevar al juez la verdad de lo acontecido, así como a evitar arbitrariedades e impedir una condena injusta. Para tal fin, es imperioso que **procure mantener una comunicación continua con su representado, en tanto será éste quien le brinde insumos para elaborar su estrategia y, eventualmente, lograr algún beneficio**. Obviamente a ello habrá lugar siempre que sea posible, pues hay eventos en los que el procesado, pese a conocer sobre la actuación, se margina voluntariamente de ella.

Por ese motivo, **para el ejercicio efectivo del derecho de defensa, es preciso que al implicado** no solo se le haya enterado sobre la existencia de la actuación penal seguida en su contra, sino que **se le hayan comunicado y notificado en forma efectiva las audiencias, las actuaciones y las decisiones judiciales adoptadas**.

Como con acierto lo indicaron los delegados de la Procuraduría y de la Fiscalía General de la Nación, la regla general, en los procesos seguidos bajo la égida de la Ley 906 de 2004, es la notificación en estrados, así lo dispone el artículo 169 de ese estatuto, lo que resulta acorde con el principio de oralidad que gobierna la actuación penal.

En armonía con la aludida norma, si quienes hubiesen sido citados oportuna y en debida forma no asisten a la audiencia respectiva, «*se entenderá surtida la notificación salvo que la ausencia se justifique por fuerza mayor o caso fortuito. En este evento la notificación se entenderá realizada al momento de aceptarse la justificación*». Ese precepto también establece que si el imputado o acusado está privado de la

libertad, las providencias notificadas en audiencia le deben ser comunicadas en el establecimiento de reclusión y que las decisiones adoptadas con posterioridad al vencimiento del término legal habrán de ser notificadas personalmente a las partes que tuvieren vocación de impugnación.

Adicionalmente, el artículo 171 y siguientes del mismo ordenamiento regulan lo atinente a las citaciones, que tienen lugar, en lo que interesa a este caso, cuando se convoque a la celebración de audiencias, en tanto están dirigidas a las personas que deban intervenir en ellas. Sobre sus formas, el precepto 172 prescribe:

Las citaciones se harán por orden del juez en la providencia que así lo disponga, y serán tramitadas por secretaría. A este efecto podrán utilizarse los medios técnicos más expeditos posibles y se guardará especial cuidado de que los intervinientes sean oportuna y verazmente informados de la existencia de la citación.

El juez podrá disponer el empleo de servidores de la administración de justicia y, de ser necesario, de miembros de la fuerza pública o de la policía judicial para el cumplimiento de las citaciones.

Sobra decir que **dichas labores deben realizarse con especial cuidado y esmero, de manera que se verifique la exactitud de las distintas direcciones, números telefónicos o correos electrónicos** que obren en la actuación, para que se logre enterar en forma idónea a los interesados sobre las diligencias que se han de surtir y las determinaciones que se adopten, a efectos de garantizar así a plenitud el derecho de defensa y contradicción de las partes y de los demás intervinientes en el proceso».

DEFENSA MATERIAL - Ejercicio: derecho a ser oído y notificado de todas las actuaciones dentro del proceso / **DEFENSA MATERIAL** - Se vulnera: cuando no es oído o no se notifican las diferentes actuaciones dentro del proceso / **DERECHO DE DEFENSA** - Apoderado: comunicación con el procesado / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Notificaciones, citaciones y comunicaciones: deber de la fiscalía de ubicar al procesado y del juez y el ministerio público de garantizar los derechos de las partes

«El recuento hecho no deja duda en torno a que MM conocía sobre la existencia del proceso, así como de la fecha en que se llevaría a cabo la formulación de acusación, a la cual no asistió sin

causa justificada. Sin embargo, **pone de manifiesto falencias trascendentes que frustraron su efectiva ubicación y le impidieron asistir a las audiencias preparatoria y del juicio oral, conocer las decisiones allí adoptadas y ejercer a cabalidad su derecho a la defensa material.**

En efecto, aunque para la audiencia de acusación consta que el Secretario del Juzgado se comunicó telefónicamente con el inculcado, no ocurrió lo mismo en las siguientes ocasiones. **Las citaciones para la preparatoria y el juicio oral se hicieron a la dirección que figura en la carpeta, la cual, tal como se expuso, estaba equivocada,** pues las planillas suministradas por ese despacho judicial contienen la Calle 132 [...], cuando la que correspondía a MM era Calle 132A [...].

Idéntico dislate se constató en las convocatorias para asistir a la lectura de los fallos de instancia.

Ahora bien, en lo que atañe con la defensa técnica el panorama no es distinto. Recuérdese que, MM puso de presente al Juzgado de conocimiento que su abogado de confianza no continuaría por falta en el pago de honorarios, lo que condujo a que se oficiara a la Defensoría del Pueblo, Regional Bogotá para lo pertinente. Fue entonces como el profesional así designado asistió a la formulación de acusación y continuó con la representación hasta la lectura de fallo de segunda instancia.

Tras el examen de los registros de video de esas audiencias, la Sala pudo evidenciar que **el jurista fue reiterativo en exteriorizar su imposibilidad de entablar comunicación con el implicado.** Obsérvese:

Al inicio de la sesión donde se verbalizó la acusación, indicó que ha llamado al abonado «[...]» donde le dijeron que está equivocado.

En la preparatoria adujo que **no pediría pruebas por falta de comunicación** con MM, dado que en el número de teléfono al que llama -no lo identificó- le contestan que está equivocado.

Al finalizar el juicio oral, cuando se corrió el traslado del artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, **aseveró no tener mucho que decir por falta de contacto con el acusado,** debido a que en el número de teléfono le replican que está equivocado.

Así las cosas, **es claro que el abogado y el procesado no tuvieron la más mínima comunicación** en orden a organizar mancomunadamente la defensa y, eventualmente, reclamar algún beneficio.

Aquí hay que subrayar que **esa falla del jurista obedeció, evidentemente, al equivoco que cometió la Fiscalía General de la Nación en el escrito de acusación frente al número de celular** de MM, en cuanto anotó «[...]», pese a que el exacto era [...], el que tampoco corrigió a lo largo de la actuación. El delegado de dicho ente dejó de lado su obligación de hacer una puntual descripción de la información sobre la individualización e identificación del acusado, incluyendo los datos que sirvan para librar las citaciones correctamente.

Sin embargo, la **falta de diligencia del defensor** no puede excusarse solamente en ello, pues, aunque su actuación dentro del proceso penal no es oficiosa en punto de localizar a su representado, bien pudo remitirse a la carpeta, en donde -se expuso en precedencia- aparecía un número de celular distinto al que él poseía. De haberlo hecho, habría hallado, además, las constancias dejadas por el Secretario del Juzgado de conocimiento respecto de los datos correctos de su representado.

De igual forma, tuvo la posibilidad de remitirse al registro de la audiencia de imputación, en donde con nitidez se escucha al procesado suministrar sus datos exactos de contacto.

Lo descrito en precedencia denota una clara negligencia del delegado de la Fiscalía y apatía por parte del abogado de la Defensoría Pública, de la Juez cognoscente y aun de la agente del ministerio público que asistió al juicio.

El representante del ente acusador porque soslayó la obligación que le impone el artículo 337 de la Ley 906 de 2004 de incluir, en el escrito de acusación, la «*individualización concreta de quiénes son acusados, incluyendo su nombre, los datos que sirvan para identificarlo y el domicilio de citaciones*».

En un sistema adversarial, es absolutamente imprescindible el cumplimiento exacto de tal compromiso, en tanto la acusación

[...]

El profesional del derecho, en cuanto, al parecer, se contentó con el dato del abonado telefónico que del imputado consignó la

Fiscalía, el cual, se itera, estaba equivocado en el penúltimo dígito, pues aparecía 39, pese a que en realidad era 29, y no revisó la carpeta donde aparecía el abonado correcto.

La Juez, por su parte, no cumplió a cabalidad con su obligación de salvaguardar los derechos y las garantías del procesado y velar porque se le garantizara su derecho a una defensa técnica.

Llama la atención de la Sala que la funcionaria, en ninguna de las audiencias, hiciera comentario alguno frente a la dificultad que exponía el defensor, ni se detuvo a comparar con el Secretario del despacho el número del abonado que allí se tenía, el cual, como se vio, era correcto.

La representante del ministerio público, en la medida en que, por disposición de los artículos 277-7 de la Constitución Política y 109 del estatuto adjetivo penal, **tiene la función de intervenir en el proceso penal en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales.**

Tampoco hizo observación alguna frente a la inasistencia del acusado a las audiencias y a la evidente falta de comunicación entre éste y el defensor.

Ahora, aunque podría argüirse que el defensor público cumplió con su gestión porque estuvo pendiente de la actuación, no faltó a las sesiones para las que fue convocado y recurrió el fallo de primera instancia, ello es fragmentario, pues, aun de contar con la información que obraba en la carpeta, no desplegó acción orientada a comunicarse con MM y elaborar mancomunadamente una estrategia, pedir pruebas, controvertir con suficientes elementos de juicio las llevadas por la contra parte, hacer un adecuado pronunciamiento frente al traslado del artículo 447 de la Ley 906 de 2004 o buscar algún tipo de beneficio.

Claro, la situación sería distinta si, pese a haber procurado su localización, el inculcado se hubiese negado a atender sus llamadas, a prestarle colaboración o a asistir a los estrados.

Ha de recalcar que, si bien en ciertas ocasiones no pedir pruebas o guardar silencio en la audiencia del 447 puede corresponder a una estrategia defensiva, lo cierto es que en este caso no fue así, en tanto la razón para ello fue, justamente, la imposibilidad de comunicación con el cliente.

No hay duda que **el derecho a la defensa está estrechamente ligado a la facultad de probar**, a la posibilidad de pedir pruebas y a controvertir las que se decreten a la contra parte. Por ello, la audiencia preparatoria es esencial para desplegar tal tarea y, en el sub examine, **el defensor no pudo cumplir tal misión por su desidia en contactar al acusado** y por las evidentes irregularidades del Juzgado de conocimiento en las citaciones a MM.

[...]

La Sala debe insistir en que, aunque en otras oportunidades en las que ha visualizado pasividad en el jurista durante las distintas etapas, no ha declarado nulidad, en el sub examine emergen notables particularidades: la ostensible falencia de la Fiscalía en consignar los datos del imputado, la apatía del defensor, que no se comunicó con el procesado, pese a que el plenario le ofrecía los datos para hacerlo efectivamente, y la inactividad de la Juez, que no desplegó acción alguna orientada a prestar apoyo para esos efectos.

El sistema procesal penal es de partes, pero los jueces no pueden ser simples espectadores y tienen la carga de salvaguardar los derechos y las garantías de todos los que en él intervienen. De allí que la funcionaria cognoscente tenía la obligación de interesarse por la constante manifestación del abogado defensor sobre la imposibilidad de comunicarse con el cliente e intentar prestar colaboración para que ello pudiera realizarse. Sin embargo, su actitud fue totalmente pasiva.

Cabe agregar que la infracción del derecho de defensa constituye la excepción al principio de convalidación de actos irregulares. De allí que, si se constata su vulneración, **no opera la convalidación**, al punto que para subsanarla solo se impone la invalidación de lo actuado (cfr. CSJ SP, 1 ago. 2007, rad. 27283; CSJ SP, 3 dic. 2002, rad. 11079)

[...]

En consecuencia, se declarará la nulidad a partir de la audiencia preparatoria, inclusive, a efectos de que se rehaga la actuación con plena observancia de la garantía de defensa, al tiempo que se prevendrá a los jueces para que procedan de manera pronta a fin de evitar la ocurrencia de la prescripción».

(Texto resaltado por la Relatoría)

HOMICIDIO

Agravado por motivo fútil, análisis requerido

La Sala de Casación Penal establece la necesidad de un análisis particular en el caso del agravante “*por motivo fútil*”, aclarando su alcance y no existencia del mismo en todos los casos de homicidio donde no existan causales de justificación, de la misma manera señala algunos elementos que se pueden utilizar para establecer la existencia o no de esta circunstancia de agravación.

SP1013-2021 (51186) del 03/03/2021

Magistrado Ponente:

Hugo Quintero Bernate

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

PRINCIPIO DE ESTRICTA TIPICIDAD - Aplicación / **HOMICIDIO** - Agravado: por motivo fútil, concepto / **HOMICIDIO** - Agravado: por motivo fútil, se debe valorar la proporcionalidad entre el motivo y el tipo penal / **HOMICIDIO** - Agravado: por motivo fútil, análisis requerido / **HOMICIDIO** - Agravado: por motivo fútil, requisitos / **HOMICIDIO** - La ausencia de justificante no equivale a un motivo fútil o banal / **DOLO** - Es diferente de los móviles o motivos determinantes de la conducta

[...] [...] **Según la Real Academia de la Lengua Española, fútil** (del latín *futilis*), **es la palabra asignada a algo de “poco aprecio o importancia”**. Significa esto que el homicidio agravado por la futilidad es **aquel que se realiza por motivos tan insignificantes que debe sancionarse con mayor severidad al autor por la desproporción existente entre su acción y la situación que se presentó**. La valoración depende, obviamente, del contexto histórico y social, que es el que permite reputar algo como normal en la sociedad y por contraste como desproporcionado a esa “normalidad” o uno, en el que esté ausente un precedente explicativo del hecho de la víctima que genera la acción del victimario.

Las situaciones descritas en la norma en cita giran en torno a la causa o fin buscado con el hecho que develan un dolo más intenso y un mayor grado de culpabilidad que deben

castigarse con mayor rigor. **Dada su naturaleza esencialmente subjetiva se dificulta su demostración en casos particulares, lo que hace que en muchas ocasiones se quiera imponer el agravante a partir de juicios moralistas**, al margen del daño relacionado con la intensidad de la conducta o el motivo que se persigue, como se advierte en el sub examine dada la condición de minoría de edad de la víctima.

Es por ello que **el funcionario judicial debe establecer el motivo y posteriormente verificar si el mismo es de tan poca relevancia que el sujeto activo orientó su voluntad y obtuvo un resultado cuya respuesta por parte del Estado debe ser mayor**.

Resulta lógico sostener que todo homicidio se comete por una causa que razonablemente lo explique aunque no lo justifique. Sin embargo es en la insignificancia de la causa frente al delito cometido, donde radica la racionalidad de la imposición de una mayor sanción punitiva que le permita al juez sostener que se trata de la agravante descrita en el numeral 4° del artículo 104 del Código Penal.

El funcionario judicial que conoce el caso debe realizar un esfuerzo y un proceso comparativo con los modelos existentes en la sociedad para establecer la trascendentalidad de las circunstancias, ya que la norma no ofrece elementos para determinar que comportamiento es fútil. Esta labor requiere agotar una carga argumentativa fuerte, **no fundada en razones de estricto contenido moral**, para evidenciar que la acción del sujeto activo se debe desvalorar en mayor grado, dada su absoluta desproporción frente al daño al bien jurídico que infligió. Para ello es necesario que la prueba ofrezca elementos suficientes que conduzcan a demostrar el elemento subjetivo que determinó al agente a cometer la conducta.

[...]

De estas (...) reseñas jurisprudenciales se extraen las siguientes **reglas para poder encajar una conducta punible en un homicidio agravado por el motivo fútil**: (i) siempre debe establecerse cuál fue la causa o la razón que movió la voluntad del actor, (ii) posteriormente debe mirarse si la misma se encuentra demostrada en el proceso, y (iii) finalmente debe el funcionario judicial hacer un estudio muy ponderado, dependiendo de las circunstancias sociales y la personalidad del agente, para establecer si ese móvil resulta insignificante o no.

Frente a este último punto, resulta claro que en un conglomerado social muchas actuaciones pueden catalogarse de insignificantes mientras que en otro es probable que esa acción sea de vital importancia, sin excluir la posibilidad de que en uno u otro pueda resultar una acción ofensiva de manera par. Así por ejemplo escupir en la cara a una persona puede resultar humillante en cualquier parte del país. Igual el tocar las partes íntimas de una persona, sin perjuicio de que para ciertos sujetos esa acción resulte insignificante.

En el presente asunto, el Tribunal concluyó que la acción de FONSECA BORDA fue un acto desproporcionado porque frente a unas agresiones de las cuales no fue víctima el procesado, éste respondió con un homicidio.
[...]

Para la Sala la razón que ofrece el Tribunal al derivar la agravante, es insuficiente para calificar la conducta del acusado como cometida por un móvil banal o trivial. Ello por cuanto lo injusto y reprochable de la conducta del acusado que se ofrece como sustento del delito agravado, se funda en el desprecio que genera el ataque al bien jurídico de la vida, frente a intereses de menor importancia, pero ese elemento es común a cualquier otro acto homicida y esa argumentación es errada en tanto implícitamente asume que explicar la causa de un ilícito y determinar su existencia objetiva significa su justificación cuando es solo su entendimiento como conducta humana que, en todo caso es reprobable.

No desconoce la Corte que la conducta de FB, es a todas luces reprochable (por eso se hace acreedor de una sanción penal), y esa acción no encuentra justificación alguna ni social ni jurídicamente (de haberla se estaría estudiando alguna de las causales que justifican el hecho consagradas en el artículo 32 del C.P.).

Está claro que FB reaccionó de una forma completamente inadecuada al margen de las reglas establecidas para la solución de los conflictos propios de la interacción social. Y en un plano del deber ser, ha debido obrar de otra forma y conforme a derecho, pero al no haberlo hecho, ello no aumenta su culpabilidad sino que al ser el juicio de reproche uno de los elementos de la misma es precisamente lo que la configura.

Lo que debe determinarse en el presente caso es si JJFB merece una pena mucho más alta

que la consagrada en el artículo 103 que trata el homicidio simple, por encontrarse realmente demostrada una situación que desborde jurídica y socialmente la conducta por él desplegada.

Labor que nos lleva a establecer que **en el presente caso no pueden desconocerse varias situaciones que antecedieron la muerte tal como lo reconocieron los fallos de instancia y es fundamento inamovible de lo que aquí se decide.** Dan cuenta las pruebas, tal como fueron estimadas por los juzgadores, de acciones ofensivas de las que participó el adolescente que terminó como víctima, que tuvieron la efectividad de quebrantar el buen trato que debe mediar la relación entre los residentes y que en cualquier conglomerado social resultan reprochables, las cuales motivaron un conflicto que no solo constituyó una infracción a las reglas del manual de copropietarios que el procesado quiso controlar como habitante de uno de los apartamentos y así evitar problemas con la administración, sino que escalaron a actos de agresión personal física y verbal, a un recientemente intervenido quirúrgicamente y a mujeres, que resultaron en unos trágicos hechos que, tal como lo refiere la Fiscalía, destruyeron dos vidas, la del fallecido y la de un joven de 19 años estudiante universitario, quien deberá hacerse responsable de los hechos y remediar sus actuaciones para ser útil a la sociedad nuevamente.

Las particularidades del caso no permiten tener como fútil el motivo por el que JJFB cometió el delito, pues, debe reiterarse que, aunque se trate de una conducta injustificada desde cualquier óptica, ello no se equipara a que su causa sea insustancial o insignificante, por lo menos no al punto de que pueda calificarse como “motivo fútil”. Lo cierto es que **el resultado se produjo en un contexto que antecede una agresión por parte de la víctima, también de ofensas a los bienes del procesado** como el hecho de propinarle patadas a la puerta donde vivía éste, de **ser altamente groseros con palabras y con acciones al lanzar colillas de cigarrillos, vasos y “escupitajos” desde una posición superior.**

El motivo fútil que estableció el Tribunal no se estructura, dado que el procesado, se repite, de manera errada y sin justificación social y legal, reaccionó a las agresiones e insultos que se hicieron contra unos compañeros de estudio que había invitado a su hogar por parte de quien en

últimas resultó siendo la víctima del nefasto delito. Nótese que **el Tribunal** en su argumentación fáctica, **termina reconociendo que cuando el procesado subió a realizar el reclamo** y tocó la puerta del apartamento 403 “M.A.G.V. y AFMB acordaron no abrirla pero CDBH, otro de los contertulios que estaba durmiendo y no se había percatado de lo acontecido, se despertó y desprevenidamente abrió”. Lo anterior es indicativo de que **el adolescente fallecido y su amigo de pilatunas tenían temor y sentían culpa** de las deshonrosas acciones que acaban de hacer contra las invitadas y el invitado de FB en el apartamento de éste.

Es en ese escenario en el que participan CDBH, AFM y el adolescente MAGV, al tratar de detener la acción de JJFB, quien además de querer ingresar al apartamento, ya había esgrimido el cuchillo contra CD y al enfrentarse a él, fue el propio adolescente el que empujó a su compañero para quedar en frente del procesado quien lo agredió mortalmente.

El dolo directo exteriorizado por el acusado por el hecho de utilizar un instrumento apto para acabar con la vida de cualquier persona, no puede equipararse a una motivación fútil, pues, aunque ambos elementos (el dolo y la motivación), son de naturaleza subjetiva y hacen

parte de la tipicidad de la conducta, este último devela un comportamiento mucho más injusto por encontrar su origen en una causa indeseable que conduce a la duplicación de la sanción. Entonces **que el sujeto activo evidencie su intención de matar, no hace que esté determinado por una circunstancia absolutamente trivial. Pensar de ese modo implicaría imponer la futilidad a todo homicidio que no tenga justificante o atenuante reconocida en la ley.**

En virtud de lo expuesto en esta providencia, el cargo de violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 104 numeral 4 del Código Penal prospera y, en consecuencia, se casará la sentencia de segunda instancia emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para proferir fallo de sustitución eliminando el agravante consagrado en el numeral 4° del artículo 104 del Código Penal referente a la futilidad y declarando que el delito por el que se hace responsable a JJFB es el de homicidio simple consagrado en el artículo 103 del Estatuto Punitivo».

(Texto resaltado por la Relatoría)

Carlos Alfonso Herrera Díaz
Relator

relatoriapenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co

Teléfono: 5622000 ext. 9317

Carrera 8 N° 12 A-19, Bogotá