

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, catorce (14) de julio de dos mil veintiuno (2021).

Radicado: 050016000000201800007
Procesado: José Ignacio Berrío Cardona
Delitos: Concierto para delinquir – otros
Asunto: Apelación de Sentencia –ordinaria- LEY 906 DE 2004
Sentencia: No. 11 - Aprobada por acta No. 101 de la fecha.
Decisión: Confirma la sentencia de primera instancia
Lectura: Jueves, 22 de julio de 2021

Magistrado Ponente

Dr. LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

1. ASUNTO A DECIDIR

Se apresta esta Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes, en contra de la sentencia proferida el 6 de marzo de 2020 por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Medellín, que absolvió al señor **José Ignacio Berrío Cardona** por los delitos de concierto para delinquir y peculado por apropiación, y lo condenó como autor del punible de ocultamiento, destrucción o alteración de elemento material probatorio a la pena de 50 meses de prisión.

2. CUESTIÓN FÁCTICA

La génesis de la presente actuación lo fue la investigación adelantada en contra de una organización con asentamiento en el sector la Colima del barrio Manrique, denominada “La Viña” la cual se dedicaba al hurto de motocicletas y comercialización de las mismas. Dentro de las labores realizadas en dicha investigación, se ordenó la interceptación del abonado 3022175986, perteneciente al señor Carlos Andrés Castrillón Mejía alias “Tita”, arrojando como resultado una conversación sostenida con el número telefónico 3108340426 en la cual se estaba planeando junto a personal perteneciente a la Policía Nacional la ejecución de una extorsión a un ciudadano extranjero.

Realizadas las labores de verificación, se encontró que el numero 3108340426 pertenecía al señor **José Ignacio Berrío Cardona**, quien para el momento de la investigación fungía como miembro de la Policía Nacional, por lo que se ordenó la intervención de esa línea celular.

Producto de esta nueva interceptación, se pudo establecer que el señor **Berrío Cardona** realizó una incautación el 11 de noviembre de 2016 a un menor de edad de una sustancia con características similares a la cocaína y que, posteriormente, se comunicó con otro sujeto no identificado para indicarle que le manifestara al “pelado” al que se le encontró la sustancia que solo “se reportaron 8 bolsas para colaborarle.

Posteriormente el procesado estableció contacto telefónico con otro sujeto el día 12 de noviembre de 2016 a quien le indicó que había cogido “una vuelta más grande -un poco de cripo y de perico”-, y al solicitársele al acusado por parte de su interlocutor la venta de ese estupefaciente, este le manifestó que no podía porque eso se necesitaba mucho donde él estaba.

3. DESARROLLO PROCESAL

Los días 6 y 7 de abril de 2017 el Juez Cuarenta y Cuatro Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín, legalizó la captura del señor **José Ignacio Berrío Cardona**, procediendo la Fiscalía a imputarle el delito de concierto para delinquir (Art. 340 del C.P.); pero el 15 de septiembre de ese mismo año, el ente acusador adicionó la imputación por los punibles de peculado por apropiación y ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio (arts. 397 y 454B del C.P.), cargos que no fueron aceptados por el imputado.

La Fiscalía 166 seccional presentó escrito de acusación correspondiéndole su conocimiento al Juzgado Quinto Penal del Circuito de Medellín, quien llevó a cabo la correspondiente audiencia el 13 de diciembre de 2017 y la preparatoria se celebró el 9 de agosto de 2018.

El juicio oral se inició el 2 de octubre de 2018¹ y se extendió en 2 sesiones los días 3 de octubre de 2018² y 23 de marzo de 2019; el 10 de mayo las partes alegaron de conclusión.

El anuncio del sentido del fallo se postergó hasta el 5 de agosto de idéntica anualidad, emitiéndose la respectiva sentencia el 6 de marzo de 2020, a través de la cual se absolvió al acusado de los delitos de concierto para delinquir y peculado por apropiación y se lo condenó por el reato de ocultamiento, destrucción o alteración de elemento material probatorio a 50 meses de prisión. Se le concedió al sentenciado la prisión domiciliaria.

¹ Archivo de audio denominado "16.02 octubre de 2018 juicio oral sesión 1."

² Archivos de audio denominados "17.03 octubre de 2018 juicio oral sesión 2.1", "18.03 octubre de 2018 juicio oral sesión 2.2" y "19.03 octubre de 2018 juicio oral sesión 2.3"

La sentencia fue apelada por la delegada de la Fiscalía General de la Nación y la defensa del procesado.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El juez de primera instancia, luego de agotada la práctica probatoria, decidió absolver al señor **José Ignacio Berrío Carmona** de los cargos de concierto para delinquir y de peculado por apropiación, considerando que la Fiscalía no cumplió con la carga que le asistía acreditar la existencia de esos delitos.

Es así como señaló que el ente persecutor no logró demostrar la existencia de todos los elementos estructurales que la ley y la jurisprudencia han previsto para el tipo de concierto para delinquir, donde si bien existió un acuerdo de voluntades entre el acusado y el jefe de una banda delincuencia para perpetrar una extorsión y una retención ilegal en contra de un ciudadano extranjero, no se arrimaron al juicio elementos que permitieran establecer que el procesado perteneciera a dicha organización criminal, confundiendo la delegada fiscal la figura de la coautoría con el tipo penal en comento.

Respecto al delito de peculado por apropiación, señaló el funcionario de primer nivel que la Fiscalía solo pudo establecer la calidad de servidor público del encartado, sin haber demostrado la apropiación del bien, ni tampoco que el mismo perteneciera al Estado, toda vez que las sustancias estupefacientes no pueden catalogarse de esa categoría.

Ahora, con ocasión al punible de ocultamiento, destrucción o alteración de elemento material probatorio, la judicatura de primera instancia emitió condena en contra del señor **Berrío Cardona** por considerar que la situación fáctica enrostrada al acusado se enmarcaba en la tipicidad de ese punible, en

tanto que con la interceptación del abonado 3108340426, que pertenecía al procesado, se demostró que este realizó la incautación el 11 de noviembre de 2016 de una sustancia, al parecer estupefaciente, y que se lo comentó a otro policial indicándole que solo iban a reportar 8 papeletas para colaborarle al sujeto que se le halló la sustancia, lo que evidencia que el acusado decidió hacer un reporte parcial del elemento incautado y ocultó la existencia del restante, teniendo ello una incidencia en la investigación por cuanto la cantidad de sustancia psicotrópica constituye un criterio objetivo que varía el monto de la punición, colocando en peligro con su actuar el bien jurídico de la recta y eficaz impartición de justicia.

5. ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

5.1. La defensa

El defensor de José Ignacio Berrío Cardona cuestionó la determinación de primer nivel en cuanto a la condena por el delito de ocultamiento, destrucción o alteración de elemento material probatorio por considerar que el *a quo* dio por sentado que la incautación manifestada en las interceptaciones era la del estupefaciente hallado al menor de edad, echando de menos que ese no fue el único procedimiento que realizó su defendido el 11 de noviembre de 2016, donde también capturó a un mayor de edad al que se le decomisó sustancia estupefaciente, sin que se indagara por parte de la fiscalía por este último procedimiento y procediendo a acusarse al señor Berrío Cardona por el presunto ocultamiento en la investigación con radicado 05690610016820168018700.

Lo anterior, genera en el sentir del abogado una duda sobre cual es el procedimiento al que se refiere su prohijado en la interceptación identificada

con el ID 39085810, incertidumbre que debió ser resuelta en favor de su representado.

En consecuencia, solicitó que se revocara la condena impuesta a su defendido y, en consecuencia, se le absolviera del cargo por el que fue sancionado.

5.2. La Fiscalía

La delegada del ente persecutor, censuró la determinación de primera instancia con ocasión a la absolución del cargo de concierto para delinquir, argumentando que no se hizo por parte de la judicatura un análisis completo de las pruebas arrimadas al juicio, lo que no le permitió al funcionario de primer nivel observar la presencia de indicios graves, concurrentes y convergentes, sino que de la prueba practicada en juicio se podía inferir que el contubernio venía de tiempo atrás, lo que aunado a la forma de comunicarse del señor Berrío Carmona con alias “Tita” permitía colegir que el primero tenía un vínculo con el grupo delincuenciales al que pertenecía este último. Además, según, la Fiscalía, no existe en la ley una exigencia a que señale que deben ser mas de 2 o 3 días la duración de la concertación para que se configure el concierto.

Así mismo, indicó que de los elementos demostrativos llevados a la audiencia de juicio oral se podía deducir que **Berrío Cardona** conocía las actividades ilícitas de alias “Tita” y que dirigió su voluntad a la planeación de ilícitos, lo que ponía en peligro el bien jurídico de la seguridad pública.

Por último, la delegada fiscal señaló que si no se consideraba que se estaba ante un concierto para delinquir, si se podría configurar un delito de asociación para la comisión de un delito contra la administración pública,

contenido en el canon 434 del código penal, por lo cual solicitó de manera subsidiaria condena por este reato, en tanto con dicha petición se respetaba el principio de congruencia ya que con este tipo penal no variarían los supuestos facticos de la imputación y la acusación, es de menor entidad que el inicial y tampoco se afecta el debido proceso del encartado; lo anterior bajo el entendido que el acusado se concertó con 2 policiales más, empleó un vehículo oficial y sus insignias para retener un ciudadano y exigirle el pago de una suma económica por su liberación.

Por lo expuesto, solicitó de la segunda instancia que se revocara la absolución por el punible de concierto para delinquir y se condenara al procesado por este o, en su lugar, se penara por el reato de asociación para la comisión de un delito contra la administración pública.

6. LOS NO RECURRENTES

El Ministerio Público no efectuó manifestaciones respecto de las censuras propuestas por las partes.

7. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

7.1 Competencia.

Esta Sala de decisión es competente para conocer del recurso de alzada propuesto por la defensa en contra de la sentencia del Juzgado Quinto Penal del Circuito de Medellín (Ant.) en razón de lo prescrito en el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

7.2. Problemas Jurídicos

En esta oportunidad, al analizar el contenido de la apelación de las partes, advierte la Sala que se avienen tres problemas jurídicos que se deben analizar, uno de carácter procesal y dos de índole netamente factico:

- i)* ¿Era admisible, de cara al principio de congruencia, que en este caso la Fiscalía elevara peticiones alternativas de condena en la apelación por el delito de concierto para delinquir y subsidiariamente por el de asociación para la comisión de un delito contra la administración pública?

- ii)* ¿La Fiscalía General de la Nación cumplió con su deber constitucional y legal de demostrar, más allá de toda duda sustancial razonable, que el señor **José Ignacio Berrío Cardona** es responsable del delito de concierto para delinquir?

- iii)* ¿La prueba practicada a instancias del ente acusador en el juicio oral, fue suficiente en calidad y cantidad para derruir la presunción de inocencia del señor **José Ignacio Berrío Cardona** y declararlo penalmente responsable por el delito de ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio o, por el contrario, la misma dejó sembrada una duda en razón a que no se pudo determinar en que operativo de captura de los que participó el acusado el día 11 de noviembre de 2016, fue en el que se incautó la sustancia?

Para resolver los anteriores interrogantes, la Sala hará un breve análisis del principio de congruencia y los lineamientos para que la Fiscalía pueda formular solicitudes de condena alternativas y los estadios procesales donde pueda efectuar esas peticiones. Una vez elucidada esta cuestión se

efectuará un breve exordio sobre los punibles de concierto para delinquir y ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio, para luego abordar el caso en concreto en punto a la responsabilidad del procesado, por cada punible en particular.

7.2.1. Principio de congruencia:

El artículo 29 de la Constitución Nacional de Colombia establece como derecho fundamental el debido proceso, una de cuyas aristas es, indiscutiblemente dentro de un sistema con tendencia acusatoria, el principio de congruencia, que tiene como finalidad asegurar que el sujeto pasivo de la acción penal sea condenado por los mismos cargos por los que se le acusó y se pidió condena, por lo cual en esta última no se pueden incluir hechos o imputaciones jurídicas nuevas, frente a las cuales no haya tenido el procesado la oportunidad de ejercer el derecho de defensa y contradicción. Dígase así, que dicha máxima normativa tiene entre una de sus principales finalidades el evitar una situación de indefensión procesal.

El principio de congruencia quedó expresamente establecido en el artículo 448 procesal, con el siguiente tenor:

“Artículo 448: El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena.”

La hermenéutica procesal tanto de la Corte Constitucional³ como de la Suprema⁴, confluyeron en prescribir que tal principio general tiene una doble connotación: fáctica y jurídica, concluyéndose que la primera es absoluta, ya

³ Corte Constitucional, rad. C-025 de 2010

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, rad. 51007 de 2019

que los hechos por los cuales una persona es juzgada deben permanecer inmodificables desde la imputación hasta la sentencia, en tanto que la segunda es flexible, pues la adecuación típica admite variaciones a lo largo de la actuación de acuerdo al decantamiento del caso procesado, eso sí con ciertas limitaciones y condicionamientos.

Largo es el precedente jurisprudencial penal respecto de que debe haber plena conformidad entre la acusación (acto complejo conformado por el escrito de acusación, la verbalización de la misma en la respectiva audiencia y los alegatos de conclusión del artículo 448 procesal) y la sentencia, sin embargo, la misma Sala de Casación ha establecido que si en el juicio se demuestra la responsabilidad del acusado; pero por un delito menor, en estos casos el fiscal puede modificar la solicitud de condena en ese sentido o el juez, incluso de oficio, podría hacerlo en la misma sentencia, eso sí, siempre y cuando se cumplan con los siguientes requisitos: i) se respete el núcleo fáctico esencial, ii) la nueva calificación sea favorable al acusado y iii) no se afecten los derechos de las partes⁵, entre los que cuenta, para la Sala, el derecho a la no indefensión procesal.

Estos tres condicionamientos, dígame que dimanen del principio *in favor rei*; pero también, es muy importante advertirlo, de los principios del debido proceso, de defensa y de contradicción, porque si bien resulta plenamente admisible que cuando en el juicio se demuestre la responsabilidad del justiciable, pero no por el delito acusado sino por uno de menor entidad, para salvaguardar los intereses del procesado, pero también los de la víctima, de los demás intervinientes procesales y, en últimas el de justicia, no se opte por una absolución, en aplicación rigurosa del principio de congruencia, sino que se pueda condenar por el reato menor.

⁵ C.S.J. Sala de Casación Penal, rads. 43837/2016, 45589/2016 y 43041/2017

No obstante esto, no se puede, so pretexto de privilegiar los principios antes referidos, sin mayor análisis, ir condenando a una persona por un delito por el cual no fue acusado, así sea de menor entidad punitiva, porque es esencial, es de trascendental importancia, que para proceder a dicha modificación, las partes intervinientes, en especial el acusado, hayan tenido la oportunidad real, efectiva y concreta de controvertir o defenderse del novedoso cargo.

Frente a lo que se acaba de decir, juegan aquí papel muy importante los hechos jurídicamente relevantes como aristas de un debido proceso acusatorio, porque sobre ellos es que realmente se asienta la acusación y son el derrotero probatorio del juicio.

En efecto, ha recalcado con vehemencia la Sala de Casación Penal la relevancia que tiene para el debido proceso y el derecho de defensa, el hecho de que la Fiscalía, tanto en la imputación como en la acusación, describa con la técnica adecuada los hechos jurídicamente relevantes, como quiera que ellos señalan el tipo penal por el cual se va a procesar a una persona, lo que, a su vez, delimita el marco fáctico–jurídico dentro del cual indefectiblemente se tiene que desarrollar el juicio.⁶

Ahora bien, si tenemos que hechos jurídicamente relevantes: “son aquellos que encajan o pueden ser subsumidos en las respectivas normas penales”⁷ y que los mismos son el soporte real de la acusación, se podrá decir que es dable condenar a una persona por un delito menor respecto del cual fue acusada originalmente, siempre y cuando no solo haya respeto por el núcleo fáctico en sí de la acusación (hechos naturalísticamente considerados), sino también, y de manera especial, la connotación que se les dio al encuadrarlos dentro de un respectivo tipo penal, lo cual en gran parte encauza la discusión fáctica y

⁶ C.S.J. Rad. 53440/2019

⁷ C.S.J. Rad. 51007 de 2019, pag38.

jurídica en el juicio. Es decir, que hay lugar a condenar por un delito menor siempre y cuando las partes e intervinientes haya tenido la oportunidad de discutir de manera adecuada sobre los hechos jurídicamente relevantes derivados de la acusación sustituta. Para el caso del acusado, léase defenderse adecuadamente.

Así, por ejemplo, si una persona es acusada de un delito de lesiones personales con deformación permanente en el cuerpo, y por diferentes circunstancias en el juicio sí se demuestra que el procesado causó daño corporal a la víctima; pero surgió duda acerca de la secuela, pues solo se demostró que la misma es transitoria, es perfectamente posible que la Fiscalía solicite condena por este segundo delito, o que incluso el juez, oficiosamente condene en esa forma, bajo el entendido que el acusado en el juicio tuvo la oportunidad material y jurídica de defenderse de ese nuevo cargo, en tanto su estructura típica es muy similar al de la acusación original.

Otro evento donde se admite esta posibilidad es cuando en razón de la teoría del caso de la defensa o de su estrategia defensiva, se logra por parte de esta eliminar un elemento del tipo y con ello la conducta delictiva queda degradada a una de menor entidad como, por ejemplo, cuando se acusa por tentativa de homicidio y se logra demostrar en el juicio que la intención nunca fue matar sino simplemente causar un daño en el cuerpo o en la salud. En este caso es perfectamente admisible desechar el cargo de homicidio tentado y condenar, oficiosamente o a petición de la parte, por el de las lesiones personales que corresponda.

En fin, se pueden abrir múltiples posibilidades frente a la degradación de la conducta por la que se condena, siendo lo importante que el juez esté muy atento a evitar una situación de indefensión procesal que se puede presentar cuando el procesado a raíz del cambio de cargo, así sea este de menor

entidad que el originalmente acusado, no tuvo las condiciones de defenderse de manera adecuada.

Esta segunda situación se podría presentar, por ejemplo, cuando a raíz de que una persona supuestamente anda reclutando menores para cometer hurtos, la Fiscalía lo acusa del delito de uso de menores para la comisión de delitos (art. 188D) y al demostrarse en el juicio que los contactados son mayores de edad la Fiscalía muta la acusación en sus alegatos finales a concierto para delinquir (art. 340).

En casos como estos, el juez no puede permitirle a la Fiscalía variar la acusación porque se estaría vulnerando el derecho de defensa y contradicción del procesado, quien al final del debate judicial se vería sorprendido con un cargo, así sea menor que el original, del cual no se pudo defender.

Presentada esta situación el juez no tiene otra alternativa que mantener la acusación y, bien, condenar por el delito original si se prueba plenamente la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad de la conducta del procesado o absolver por falta de la demostración a cabalidad de una de estas categorías.

En el evento de que se profiriese una condena en ese sentido, es decir por el delito menor, cabría la posibilidad de anular el fallo en segunda instancia o en casación por violación flagrante del debido proceso, del derecho de defensa y del de contradicción.

En esta misma línea de pensamiento y para evitar situaciones de indefensión procesal la regla general es que la Fiscalía General de la Nación, en respeto del principio de congruencia, **en su alegato final se mantenga coherente con la acusación que originalmente formuló**; pero se ha de convenir con la Sala

de Casación penal que en excepcionales circunstancias se puede permitir a la Fiscalía mutar a una menos gravosa; pero también formular, eso sí de manera excepcional, si a bien lo tiene, cargos alternos a manera de una solicitud principal, contentiva de la acusación original, y de una subsidiaria, con un novedoso cargo de menor entidad punitiva⁸, siempre y cuando, como se ha venido señalando con insistencia, se acaten los condicionamientos aquí expuestos, esto es: i) se respete el núcleo fáctico esencial, ii) la nueva calificación sea favorable al acusado y iv) no se lesione el derecho de defensa de las partes e intervinientes.

Así las cosas, si esa novel solicitud de condena por parte del ente persecutor cumple con los requisitos establecidos por la Corte Suprema y la Constitucional, puede realizarse el *petitum* de condena alternativa al momento de esbozar sus alegatos conclusivos, pues es este el escenario idóneo previsto por el legislador para que se presenten las solicitudes punitivas una vez culminada la audiencia de juicio oral,.

Ahora bien, de lo anterior se puede colegir, sin ninguna dificultad, que, en cambio, resulta inadmisibles que la parte acusadora en ejercicio de la doble instancia a través de la apelación, efectúe una solicitud de esta naturaleza por un delito que no fue acusado y del cual no se efectuó ningún debate probatorio ni jurídico en la audiencia de juicio oral.

De aceptarse, entonces, la posibilidad de que la fiscalía incluya en la apelación una solicitud de condena por un delito que obvió mencionar en la acusación y en sus alegatos de conclusión como cargo alternativo al principal, sería tanto como permitir un avasallamiento de los derechos de debido

⁸ C.S.J. Rad. 40022 de 2013

proceso y defensa que le asisten al procesado, constituyéndose ello en un sorprendimiento injustificado por parte del fiscal a su contraparte, que soslaya de manera directa con los principios que orientan el proceso penal en el territorio nacional, desconociéndose de modo flagrante el principio de congruencia que gobierna esta actuación.

Caso concreto:

A raíz de lo hechos derivados de la investigación adelantada, la Fiscalía General de la Nación acusó al señor **José Ignacio Berrío Cardona** por el delito de concierto para delinquir (art. 340), bajo el entendido de que esta persona se concertó con un integrante de un grupo delincuenciales identificado como Carlos Andrés Castrillón Mejía, alias “Tita” para cometer una extorsión a un ciudadano extranjero. Así definió los hechos jurídicamente relevantes en la acusación con ocasión al aquí encartado:

“JOSÉ IGNACIO BERRIO CARDONA ,

Su participación surge de los resultados de la interceptación de la línea utilizada por CARLOS ANDRES CASTRILLON MEJIA, pudiéndose detectar que este, además de coordinar el hurto de motocicletas y comercializarlas, lo cual se constata con los resultados de la interceptación, (1 :31 :03), realizó la comisión de otras conductas delictivas, en las llamadas del 13 al 17 de julio 2016, en las que interviene el agente de la policía JOSE JGNACIO BERRIO CARDONA, con quien se comunica a través de la línea 3108340426, quien participa en forma activa y con conocimiento, relacionadas con la planeación y ejecución de varias conductas delictivas, hubo acuerdo de voluntades para extorsionar realizada a un ciudadano extranjero quien entregó la suma de 20 millones de pesos, peculado, dada la utilización de un vehículo de uso oficial, una camioneta DUSTER que está asignada a la Estación de Policía de Girardota, estableciéndose que hubo una retención ilegal de personas, pues al constatar

en la Estación de Policía de Girardota, no hubo anotación alguna respecto a operativo que hubieran hecho de retención de ciudadanos, o sea que valiéndose de esa investidura de policías, movilizándose en un vehículo oficial, retuvieron una persona simulando un operativo como se los hizo saber el señor CARLOS ANDRES CASTRILLON con unos fines específicos de obtener dinero, de quitarle un reloj y unas joyas, reteniéndole la documentación como forma de presión para que entregara el dinero. Para la época en que ocurrieron estos hechos el señor JOSE BERRIO estaba en vacaciones, sin embargo se uniformó.

Se pudo establecer que es funcionario de la Policía nacional quien utilizando su investidura como funcionario público participa en forma activa, con conocimiento de la actividad, que ha realizado esas labores en otras oportunidades, en la planeación y ejecución de varias conductas delictivas: extorsión realizada a un ciudadano extranjero quien entregó la suma de 20 millones de pesos, peculado, dada la utilización de un vehículo de uso oficial, una camioneta DUSTER, retención ilegal de personas simulando un operativo con el fin de obtener dinero, quitar un reloj y joyas, lo cual realiza en compañía de dos policías adscritos a la estación de policía Girardota, esto se detecta de la interceptación a la línea celular de CARLOS CASTRILLON alias TITA, como se anotó, observándose que sostiene comunicación con éste a través del abonado 3108340426, número que es el mismo que tiene registrado en la hoja de vida.

2:05:34 Interceptada la línea 3108340426, con el fin de establecer ocupación y otros actos delictivos y relaciones, se obtuvo información relevante en cuanto actividades ilícitas que desarrolla o por fuera de la ley o de sus labores que como funcionario le compete.

1 :00 (audio de la tarde) Se resalta que para realizar las actividades delictivas en coordinación con alias TITA, se encontraba en vacaciones y se uniformó, faltando así con sus deberes. Los resultados de la interceptación que se hizo

del citado abonado han permitido establecer que ha cometido múltiples infracciones.⁹

En ese mismo escrito, la delegada fiscal al referirse al cargo de concierto para delinquir, señaló:

Como autores de CONCIERTO PARA DELINQUIR este concierto es con fines de adquirir vehículos hurtados, comercializarlos o para montar motocicletas, para algunos es con fines de privación ilegal de la libertad, extorsión peculado, ejecutar un acto contrario a los deberes oficiales, consagrado en el título XII, delitos contra la seguridad pública; capítulo primero DEL CONCIERTO, 'DEL TERRORISMO, LAS AMENAZAS Y LA INSTIGACIÓN. Artículo 340, modificado por la ley 733 de 2002 artículo 8, que define "CUANDO VARIAS PERSONAS SE CONCIERTEN CON EL FIN DE COMETER DELITOS, CADA UNA DE ELLAS SERA PENADA, POR ESA SOLA CONDUCTA, CON PRISIÓN DE TRES (3) A SEIS (6) AÑOS ... ", aumentada, de conformidad con la ley 890 del 2004 artículo 14, en una tercera parte en el mínimo y la mitad en el máximo quedando la sanción de 48 a 108 meses de prisión.¹⁰

Una vez culminado el debate probatorio, la delegada del ente persecutor presentó sus alegatos conclusivos referente a la solicitud de condena por el concierto para delinquir, que fueron sintetizados por la primera instancia de la siguiente manera:

La Fiscal delegada para el presente asunto, indicó que al inicio del juicio oral prometió la demostración de unos hechos que se adecuan a los tipos penales endilgados, y considera que lo logró.

⁹ Archivo en PDF denominado "05.Escrito de acusación"

¹⁰ Ibidem.

Inicia por hacer la precisión en que ninguno de los testigos fue tachado por la defensa, ni impugnada su credibilidad. Tampoco se allego al juicio, documento testimonio que contradijera su dicho.

Es un hecho cierto e innegable que, dentro de la investigación no se tuvo noticia que el procesado se encontraba vinculado con los grupos delincuenciales conocidos como la "Viña" y la "Colina"; que su nombre surge de las interceptaciones telefónicas de uno de los integrantes de las referidas bandas criminales.

En Juicio se escuchó el testimonio del señor Alexander Carvajal Medina y Johan Mauricio Parra López, quienes refirieron que se inició una investigación a raíz de la información obtenida por fuente humana no formal relacionada con la existencia de grupos delincuenciales que se dedicaban al hurto y comercialización de motocicletas en el sector de la Viña y Colina del Barrio Manrique de esta ciudad.

Dicha fuente apporto los abonados telefónicos 3022175986 perteneciente a alias "TITA"; línea que fue interceptada y arrojó resultados positivos, pues se logró identificar al jefe de la organización criminal y su objeto. Así mismo, surgen las conversaciones con el procesado identificando la línea telefónica 3108340426, con quien planeaban la ejecución de distintos ilícitos.

Adujo que las interceptaciones y los testimonios rendidos en juicio oral, son indicios más que suficientes para demostrar las conductas enrostradas y proferir una sentencia condenatoria.

Respecto de los hechos y responsabilidad, manifestó que, de las interceptaciones, se probó que desde el 13 de julio, alias TITA y un hombre desconocido, planearon el seguimiento y extorsión a un extranjero que se encontraba en territorio colombiano de manera irregular, para lo cual necesitarían la intervención y colaboración un Policía, quien más adelante se identificaría como JOSÉ IGNACIO BERRIO CARDONA.

(...)

La corroboración de los audios en sede de juicio oral permitió establecer que el acusado se concertó con Calos Andrés Castrillón Mejía alias "TITA" y los otros policías para cometer ilícitos con tal de obtener dinero y retener a un

ciudadano y sus documentos, utilizando elementos y medios otorgados en razón de sus funciones dentro de su periodo de vacaciones.

Finalmente indicó que el desplegar delictivo del acusado fue de manera consiente, y a sabiendas de lo ilicitud de su conducta. Situación que no fue debatida por parte de la defensa¹¹

Como se puede observar, la discusión jurídica aquí trabada se centró sobre la materialidad de la conducta del punible de concierto para delinquir enrostrado al señor **José Ignacio Berrío Cardona** en calidad de autor y frente a este problema jurídico fue que discurrió, en parte, el juicio oral y sobre ello fue que se solicitó por parte de la fiscalía la respectiva condena en disfavor del encartado; no obstante, el acusado fue absuelto por ese cargo.

Al momento de presentar su apelación, y de manera sorpresiva, la delegada de la Fiscalía General de la Nación procedió a solicitar la revocatoria de la absolución por el punible antes señalado, o en su lugar, una condena subsidiaria por el tipo penal de asociación para la comisión de un delito contra la administración pública, contemplado en el artículo 434 del código penal. Para tal petición, la fiscal argumentó en su escrito lo siguiente:

Ahora, señores magistrados, en gracia de. discusión, de considerar que no estamos' .ante ; el delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR; estima esta Delegada que si se cumpliría con los requisitos para poder hablar de un delito de menor entidad, ASOCIACIÓN PARA LA COMISION DE UN DELITO CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, consagrado en el Título XV, Delitos contra la administración pública, capítulo XI· De la utilización indebida de información y de influencias derivadas del ejercicio de la función pública, artículo 434 del C.P, que define: El servidor público que se asocie con otro;. o con un particular

¹¹ Resumen extraído de la sentencia de primera instancia, páginas 7 y 8.

para realizar contra la administración pública, incurrirá en prisión ... , conforme el aumento del artículo 14 de la ley 890 del 2004, de 16 meses a 54 meses de prisión.

Y es que, en este caso, estamos ante el mismo supuesto fáctico, no se modifica el supuesto fáctico enunciado al momento de formular acusación y que fue probado en juicio, se ésta solicitando se condene por un delito de menor entidad, con ello no se afecta el derecho de defensa del ciudadano JOSE IGNACIO BERRIO ni el principio de congruencia consagrado en el artículo 448 del C.P.P.

(...)

Y es que, en el presente caso es indudable que JOSE IGNAOO BERRIO CARMONA se asoció con los dos policías de la Estación de Policía de Girardota, con CARLOS CASTRILLON alias TITA y dos compañeros de éste, para la realización de conductas que atentaban contra la administración pública, el usar un vehículo oficial para realizar una acto delictivo, así como exhibir las insignias de la institución, simular un control policial para retener a un ciudadano y luego exigirle dinero, omitir dejar a disposición a ese ciudadano del cual se tenía conocimiento pleno que tenía orden de captura.¹²

Como se puede observar, deviene diáfano, entonces que el cargo subsidiario propuesto por la delegada de la Fiscalía en su apelación resulta abiertamente improcedente por los siguientes motivos:

En primer lugar, el estadio procesal para que la fiscalía materialice su pretensión de condena, es el de los alegatos de conclusión una vez clausurado el debate probatorio, de conformidad con el 443 procesal, sin que sea en lo absoluto admisible que en sede de apelación el ente acusador entre a complementar lo expuesto en su turno para alegar de conclusión, pues ello iría en contra de los principios que gobiernan el enjuiciamiento

¹² Escrito de apelación de la Fiscalía.

criminal en Colombia y constituiría una grave afrenta al principio de congruencia.

De aceptarse esa solicitud por parte del ente acusador en este caso se estaría generando una situación de indefensión procesal al acusado, en tanto que dentro de los hechos jurídicamente relevantes de la acusación y en la solicitud de condena en los alegatos conclusivos nunca se hizo alusión a este novel cargo lo que no solo deja a la defensa sin la posibilidad real de atacar esta nueva situación, sino porque la misma podía dar lugar a la estructuración de un nuevo delito, que fue lo que pasó con la petición subsidiaria hecha por la delegada de la Fiscalía, en un intento desesperado por contrariar la decisión absolutoria de cara al delito de concierto para delinquir.

En segundo lugar, de un lado, no se visualiza que de los hechos jurídicamente relevantes expuestos por la fiscalía se pueda colegir la existencia de un contubernio para cometer delitos en contra de la administración pública, ello por cuanto el eje central de su intervención en el juzgamiento se fundó en el acuerdo de voluntades para la comisión de un delito contra el patrimonio económico (extorsión), lo cual fue el objeto de debate en juicio y, de otro, en ningún momento se pudo establecer que el acuerdo de voluntades entre Carlos Andrés Castrillón Mejía y **José Ignacio Berrío Cardona** llevara como finalidad la comisión de uno de los delitos previstos en el título XV de la Ley 599 de 2000, máxime cuando el debate probatorio no giró en torno a determinar la concertación entre el acusado y otros policiales para usar los vehículos y las insignias que se les asignó para el cumplimiento legal de su labor.

Se itera, aceptar ese exótico planteamiento de la fiscal del caso, sería permitir un injustificado sorprendimiento al procesado, en punto que el mismo no tuvo posibilidad alguna en el decurso del proceso de defenderse de cara a esta nueva imputación que realiza la titular de la acción penal.

En tercer lugar, la segunda instancia solo esta facultada para hacer un control de legalidad, constitucionalidad y convencionalidad a la decisión de primer nivel que se considera adversa a una de las partes, y nunca para adicionar la sentencia con cuestiones extrañas al juicio que, por estrategia o torpeza, no fueron sometidos a debate en la primera instancia, lo cual, en consecuencia, no solo es violatorio del debido proceso sino de la competencia funcional

Visto todo lo anterior, existe una total imposibilidad jurídica, para el caso en concreto, de que la Fiscalía pueda adicionar su pretensión con una solicitud subsidiaria de condena en la apelación por el injusto de asociación para la comisión de un delito contra la administración pública, por lo cual la Sala para resolver el entuerto jurídico de marras se abstendrá de hacer cualquier análisis sobre el novel cargo traído a colación por la delegada fiscal en su escrito de alzada, centrándose únicamente en los otros aspectos de su apelación y en los argumentos del disenso del defensor.

7.2.2. Del delito de concierto para delinquir

Inicialmente se ofrece oportuno destacar que el delito de concierto para delinquir, se define como el convenio o pacto celebrado por dos o más personas con la finalidad de cometer delitos indeterminados o determinables, acuerdo con vocación de permanencia en el tiempo por parte

de los miembros de tal empresa criminal, independiente de que se cumpla el objetivo, además de que requiere que la ejecución de las actividades propuestas permita inferir que se pone en riesgo la seguridad pública.

En palabras de la H. Corte Constitucional:

Se puede concluir que el concierto para delinquir exige tres elementos constitutivos esenciales: el primero la existencia de una organización que con carácter permanente tenga como objetivo lesionar intereses o bienes jurídicos indeterminados; el segundo que los miembros de dicha organización lo sea en virtud de un acuerdo de voluntades que los une para alcanzar dicho objetivo; y el tercero que la expectativa de la realización de las actividades que se proponen sus miembros, ponga en peligro o alteren la seguridad pública¹³.

Concepto que muy bien se ajusta con la línea que al respecto ha elaborado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia¹⁴, que exige, para que se estructure dicho punible, la acreditación o prueba del acuerdo entre los miembros de la organización para la comisión de delitos indeterminados, lo cual no requerirá un medio de prueba en particular, en tanto es suficiente demostrar, que la organización existe, que se dedica a la comisión de delitos indeterminados en el tiempo y que los procesados hacen parte de ella; además, no es necesario probar la consumación de los delitos para los cuales se concertaron, en tanto, el tipo penal de concierto para delinquir, busca la protección de la seguridad pública, siendo un delito de mera conducta.

De *vieja data* se ha presentado un problema hermenéutico entre el delito de concierto para delinquir y la figura de la coautoría material, discusión que no ha sido del todo pacífica. Para darle una solución a este problema, en una

¹³ Sentencia C- 241/97, mayo 20 de 1997, M. P. Dr. Fabio Morón Díaz.

¹⁴ Casación del 29 de septiembre de 2013, radicación 40.545.

decisión del 2018¹⁵, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se realizó una puntual diferenciación entre estos dos reatos, a saber:

En efecto, tanto en la coautoría material como en el concierto para delinquir media un acuerdo de voluntades entre varias personas, pero mientras la primera se circunscribe a la comisión de uno o varios delitos determinados (Coautoría propia: Todos realizan íntegramente las exigencias del tipo. O Coautoría impropia: Hay división de trabajo entre quienes intervienen, con un control compartido o condominio de las acciones), en el segundo se orienta a la realización de punibles indeterminados, aunque puedan ser determinables.

A diferencia del instituto de la coautoría material, en el que la intervención plural de individuos es ocasional y se circunscribe a acordar la comisión de delitos determinados y específicos, en el concierto para delinquir, a pesar de también requerirse de varias personas, es necesario que la organización tenga vocación de permanencia en el objetivo de cometer delitos indeterminados, aunque se conozca su especie. V.g. homicidios, exportación de estupefacientes, etc.

No es necesaria la materialización de los delitos indeterminados acordados para que autónomamente se entienda cometido el punible de concierto para delinquir, mientras que en la coautoría material no basta que medie dicho acuerdo, pues si el mismo no se concreta, por lo menos, a través del comienzo de los actos ejecutivos de la conducta acordada (tentativa), o bien, en la realización de actos preparatorios de aquellos que por sí mismos comportan la comisión de delitos (como ocurre por ejemplo con el porte ilegal de armas), la conducta delictiva acordada no se entiende cometida (principio de materialidad y proscripción del derecho penal de intención), es decir, el concierto para delinquir subsiste con independencia de que los delitos convenidos se cometan o no, mientras que la coautoría material depende de por lo menos el comienzo de ejecución de uno de los punibles convenidos.

Adicionalmente, en tanto la coautoría no precisa que el acuerdo tenga vocación de permanencia en el tiempo, pues una vez cometida la conducta o conductas acordadas culmina la cohesión entre los coautores, sin perjuicio de que acuerden la comisión de otra delincuencia, caso en el cual hay una nueva coautoría, en el concierto para delinquir la durabilidad de los efectos del designio delictivo común y del propósito contrario a derecho, se erige en elemento ontológico dentro de su configuración, al punto que no basta con el simple acuerdo de voluntades, sino que es imprescindible su persistencia y continuidad.

En la coautoría material el acuerdo debe ser previo o concomitante con la realización del delito, pero nunca puede ser posterior¹⁶. En el concierto para delinquir el acuerdo o adhesión a la empresa criminal puede ser previo a la realización de los delitos convenidos, concomitante o incluso posterior a la

¹⁵ CSJ SP2772-2018, radicación 51773 del 11 de julio de 2018.

¹⁶ Cfr. CSJ SP, 15 feb. 2012. Rad. 36299.

comisión de algunos de ellos; en este último caso, desde luego, sólo se responderá por el concierto en cuanto vocación de permanencia en el propósito futuro de cometer otros punibles, sin que haya lugar a concurso material con las conductas realizadas en el pasado.

Por antonomasia el concierto para delinquir es ejemplo de delito de carácter permanente, pues comienza desde que se consolida el acuerdo de voluntades para cometer delitos indeterminados y se prolonga en el tiempo hasta cuando cesa tal propósito ilegal.

A diferencia del anterior, por regla general la coautoría material al ser de índole dependiente de la realización del delito pactado, comienza y se agota con la comisión de dicho punible.

En suma, el delito de concierto para delinquir requiere: Primero: Un acuerdo de voluntades entre varias personas; segundo: Una organización que tenga como propósito la comisión de delitos indeterminados, aunque pueden ser determinables en su especie; tercero: La vocación de permanencia y durabilidad de la empresa acordada; y cuarto: Que la expectativa de realización de las actividades propuestas permita suponer fundadamente que se pone en peligro la seguridad pública¹⁷.

Caso en concreto:

En el presente asunto penal, la fiscalía acusó a **José Ignacio Berrío Cardona**, por el punible de concierto para delinquir, toda vez que del resultado de una interceptación al abonado de Carlos Castrillón Mejía, alias “Tita”, se pudo establecer que estos se habían concertado para extorsionar a un ciudadano extranjero que residía en el municipio de Girardota, girando la teoría del caso del ente acusador en determinar con la prueba de cargo, la existencia del acuerdo de voluntades y la pertenencia del acusado a esa organización delincidental.

La primera instancia consideró que los medios arribados por la Fiscalía eran insuficientes para emitir una sanción penal al procesado por el delito de concierto para delinquir. Dicha decisión fue atacada por la Fiscalía,

¹⁷ Cfr. CSJ AP, 25 jun. 2002. Rad. 17089, CSJ SP, 23 sep. 2003. Rad. 19712 y CSJ SP, 15 jul. 2008. Rad. 28362, entre otras. CC C-241/97.

solicitando un análisis detallado de los medios de prueba, pues consideró errada la conclusión a la que arribó el *a quo*.

Así las cosas, pasará la Sala a analizar la integralidad de los medios probatorios arrimados al juicio oral, para con ello determinar si, en efecto, la Fiscalía logró demostrar en el juicio que el procesado cometió el delito de concierto para delinquir o si, por el contrario, la decisión de primera instancia es correcta.

Al respecto, lo primero que habrá de advertirse es que la condición de servidor público del señor **Berrío Cardona**, como patrullero de la Policía Nacional, está acreditada por acuerdo suscitado entre las partes, pues en el juicio oral estipularon que para la fecha de los hechos el citado ciudadano fungía en tal calidad, en consecuencia, dicho tópico no ameritó controversia alguna en el juicio oral.

Tampoco fue objeto de controversia el hecho de que las líneas 310840426 y 2998217 pertenecían al acusado; también se estipuló la ausencia de permiso de porte de armas por parte del encartado y que el vehículo de placas MOR 043 ingresó a las instalaciones del Centro Comercial Premium Plaza por la Torre Norte el 15 de julio de 2016 a las 14:10 y salió a las 15:11.

La fiscalía para acreditar la responsabilidad del procesado en este punible allegó los testimonios del intendente Alexander Carvajal Medina, quien fungió como investigador de campo y con quien se introdujo un acta de incautación de elementos; Diego Ferney Rozo Ortegón, analista de comunicaciones criminales con quien se incorporaron las interceptaciones a los abonados telefónicos de alias “Tita” y del procesado, audios que fueron reproducidos en la audiencia de juicio oral. Así mismo, se escucharon los testimonios de Johan Farley Mazo Trujillo como analista de la sala de

interceptaciones y análisis *link* de la Policía Nacional, Carlos Andrés Castrillón Mejía alias "Tita" en calidad de jefe de la organización criminal investigada; seguidamente declararon Darío Andrés Benjumea Hernández Tecnólogo en Investigación Judicial y el Investigador Criminal Yeison Adolfo Uribe Sánchez quien realizó la Captura del procesado. Así mismo, depusieron Johan Mauricio Parra López, investigador adscrito a la Policía Nacional que conoció la investigación del grupo delincuencia al mando de alias "Tita" y por medio de quien se incorporó el libro de población, y Edwin Bedoya Jiménez, quien se refirió a los resultados de las búsquedas selectivas en base de datos.

Desde ya se comenzará por advertir que el grueso de la prueba arrojada al juicio por la Fiscalía dio cuenta de la existencia de una organización criminal dedicada al hurto de motocicletas y a su comercialización, no obstante, esos elementos de juicio no pudieron dar cuenta que **Berrío Cardona** hacía parte de esa banda criminal investigada.

En efecto, de toda la prueba arrojada por la Fiscalía, no se presentó un elemento de juicio que permitiera vincular al señor **Berrío Cardona** con la organización criminal "La Viña", pues todo giró en torno a las comunicaciones que se sostenían entre el acusado y alias "Tita" para la planeación de una extorsión, delito que, por demás, no se encontraba enlistado dentro de los que regularmente cometía la aludida organización delincuencia con la que se pretendía ligar al encartado.

Obsérvese como, si bien, los testimonios y las interceptaciones telefónicas escuchadas en el juicio, dan cuenta de que existió una comunicación fluida entre el procesado y alias "Tita" y un acuerdo con miras a la ejecución de un delito en concreto (extorsión), tales probanzas realmente no dan cuenta que el procesado haya pertenecido a la banda delincuencia en referencia.

En efecto, las pruebas arrojadas al juicio por el ente persecutor fueron insuficientes para demostrar la existencia de los elementos estructurales propios del tipo atentatorio contra la seguridad pública respecto del procesado, en tanto no se demostró de manera certera que el acusado perteneciera a la organización delictiva referida, ni mucho menos el rol que este desempeñara al interior de la misma, siendo esa adherencia del encartado a la banda criminal un aspecto esencial para podersele endilgar una responsabilidad penal por el delito de concierto para delinquir.

Ello es claro cuando miramos las características del acuerdo existente entre **Berrío Cardona** y alias "Tita": 1) el contubernio entre ellos fue solo con la finalidad de la comisión de un delito determinado, esto es, la extorsión a un extranjero; 2) el acuerdo generado nunca tuvo una vocación de permanencia en el tiempo para la comisión de otros delitos indeterminados, pues una vez se cumplió el propósito del contubernio temporal, este se disolvió; y 3) hubo una división del trabajo con un control compartido de las acciones frente a este delito en particular

De cara al planteamiento de la delegada fiscal en la apelación consistente en la presencia de indicios graves, concurrentes y convergentes, lo cual fundamentó en el argumento atinente a la relación delictiva previa existente entre **Berrío Cardona** y alias "Tita", por cuanto nadie contacta a un servidor público para asociarse en la comisión de un delito y la forma en que estos entablaron sus conversaciones, indicaba que de tiempo atrás venían realizando conductas ilícitas, encuentra la Sala que no le asiste razón a la apelante pues, si bien se pudo demostrar que se conocían desde antes del acuerdo para extorsionar a un ciudadano extranjero, lo cierto es que la prueba practicada en juicio nunca pudo establecer la existencia de una sociedad previa para la comisión de otros delitos indeterminados, la adherencia del encartado a la banda criminal dirigida por "Tita", ni mucho

menos que ese acuerdo tuviera una vocación de permanencia en el tiempo, lo que permite colegir que el argumento de la apelante no trasciende de la mera especulación por cuanto en el acervo probatorio no hay un elemento que permita constatar, de modo fiable y conciso, tales aseveraciones.

Por el contrario, lo que se pudo determinar con claridad con base en los elementos demostrativos arrimados al juicio fue ese contubernio criminal con división de un trabajo, propio de una coautoría material impropia, que nació exclusivamente para la comisión de un delito en particular (extorsión) y que terminó una vez se consumó el mismo.

Por otro lado, el hecho de que **Berrío Cardona** conociera las actividades ilícitas de alias “Tita” y que se haya concertado con este para la comisión de una extorsión, *per se* no indica que se esté en presencia del tipo penal del 340 del C.P. por cuanto ese conocimiento no deriva en la voluntad del encartado de adherirse de manera permanente a tal organización delincuencia, sino que nos ubica ante una coautoría impropia en la que existió una división de tareas de conformidad con las calidades y conocimiento de cada uno de los sujetos que intervendrían en la consumación del reato contra el patrimonio económico, sin que se pudiera poner en peligro, ni siquiera de manera tangencial, la seguridad pública.

Vista las cosas de esta manera, se comparte la postura del funcionario de primer nivel al afirmar que la delegada del ente persecutor confundió la figura de la coautoría con el punible de concierto para delinquir pues, de la prueba practicada en la vista pública, no se puede inferir que el señor **Berrío Carmona** tenga alguna relación con la banda criminal a la que pertenece alias “Tita” o que, por lo menos, se haya dado la conformación de otro grupo dedicado a cometer cierto tipos de delitos, pues no basta con que estos se concertasen para extorsionar a un ciudadano extranjero sino que, por el

contrario, se requería que ese contubernio criminal tuviera una permanencia en el tiempo y se direccionara a la comisión de otros punibles en el tiempo, para que esto si sirviera como fundamento a una puesta en peligro del bien jurídico tutelado de la seguridad pública.

Por ello, toda razón le asiste al funcionario de primer nivel al disponer la absolución del procesado pues, contrario a lo que plantea la representante de la fiscalía, no existe un medio de prueba, ni siquiera indiciario, que permita establecer más allá de duda razonable que el procesado pertenecía a la organización criminal, tampoco se pudo determinar la duración o permanencia en el tiempo de ese acuerdo de voluntades, ni mucho menos la expectativa de realización futura de delitos indeterminados; lo que en realidad se tiene fue un acuerdo con división del trabajo para el cumplimiento de un fin específico que dicta más la presencia de una coautoría impropia en un delito de extorsión que a la real existencia del tipo penal de concierto para delinquir, en los términos que lo planteó la delegada del ente persecutor, en sus distintas intervenciones en el curso del proceso.

Así las cosas, al no poderse derruir la presunción de inocencia por ser la prueba practicada a instancias de la fiscalía insuficiente para predicar la responsabilidad del acusado por el delito de concierto para delinquir, no queda otra ruta procesal que convalidar la determinación absolutoria que por este punible dispusiera el funcionario de primer nivel.

7.2.2. Del delito de ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio.

El Legislador, incluyó en el artículo 454B del C.P. ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio; dicha conducta se encuentra

descrita de la siguiente manera:

El que para evitar que se use como medio cognoscitivo durante la investigación, o como medio de prueba en el juicio, oculte, altere o destruya elemento material probatorio de los mencionados en el Código de Procedimiento Penal, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años y multa de doscientos (200) a cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Con esta tipificación, el legislador buscó la protección de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida que puedan ser usados en una investigación penal o, eventualmente, practicada en la audiencia de juicio oral, de aquellas conductas encaminadas a que estos no sean arrimados para ser tenidos en cuenta en el decurso proceso penal, ya sea por su ocultamiento, alteración o destrucción, lo que sin lugar a dudas genera una afectación a la recta y eficaz impartición de justicia.

Con relación a este tipo penal, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia al referirse al delito de ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio, a través de la sentencia con radicado 41749 de julio 24 de 2017, señaló:

En relación con esta conducta punible la Sala ha precisado que se trata de un tipo penal orientado a proteger la eficaz y recta administración de justicia, de sujeto activo indeterminado, en tanto puede ser cometido por cualquier persona sin que se requiera una calidad particular. Se configura a través de los verbos ocultar, alterar o destruir, desarrollados sobre algún elemento material probatorio de los mencionados en el estatuto procesal penal, siempre y cuando la finalidad perseguida por el autor sea evitar que se use como medio cognoscitivo en la investigación o como medio de prueba en el juicio (ingrediente subjetivo), de donde fluye que la conducta puede darse en forma previa al origen de la actuación judicial, si de impedirse su inicio se trata y con ello el desarrollo mismo del proceso, o durante su trámite; lo relevante es que se impida su empleo como medio cognoscitivo y fundamento probatorio de las diversas decisiones que corresponda adoptar al interior de la actuación.

De otra parte, la Sala ha indicado que se trata de un delito de mera conducta, pues se perfecciona con el accionar del agente orientado a conjugar los verbos

rectores con independencia de que el resultado pretendido se logre. Con todo, este tipo penal admite la modalidad de tentativa porque contiene un ingrediente subjetivo específico (evitar que se use como medio cognoscitivo durante la investigación o como medio de prueba en el juicio) que impone agotar unos pasos para concretar la finalidad perseguida, por manera que si la misma no se alcanza por circunstancias ajenas a la voluntad del sujeto activo queda en el grado imperfecto (CSJ SP 16 Abr. 2015 Rad. 44792).

El artículo 275 del Código de Procedimiento Penal, contiene un listado, no taxativo, de elementos sobre los cuales puede recaer la conducta del tipo penal examinado, a saber: i) las huellas, rastros, manchas, residuos, vestigios y similares, dejados por la ejecución de la actividad delictiva; ii) las armas, instrumentos, objetos y cualquier otro medio utilizado para la ejecución de la actividad delictiva; iii) el dinero, bienes y otros efectos provenientes de la ejecución de la actividad delictiva; iv) los elementos materiales descubiertos, recogidos y asegurados en desarrollo de diligencia investigativa de registro y allanamiento, inspección corporal y registro personal; v) los documentos de toda índole hallados en diligencia investigativa de inspección o que han sido entregados voluntariamente por quien los tenía en su poder o que han sido abandonados allí; vi) los elementos materiales obtenidos mediante grabación, filmación, fotografía, video o cualquier otro medio avanzado, utilizados como cámaras de vigilancia, en recinto cerrado o en espacio público; vii) el mensaje de datos, como el intercambio electrónico de datos, internet, correo electrónico, telegrama, télex, telefax o similar, regulados por la Ley 527 de 1999 o las normas que la sustituyan, adicionen o reformen; viii) los demás elementos materiales similares a los anteriores y que son descubiertos, recogidos y custodiados por el Fiscal General, el fiscal delegado, directamente o por conducto de servidores de policía judicial o de peritos del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, o de laboratorios aceptados oficialmente. La Ley 1652 de 2013 incluyó como elemento material probatorio la entrevista forense realizada a niños, niñas o adolescentes víctimas de los delitos descritos en el artículo 206 A del Código Penal.

(...)

Ahora bien, para garantizar la autenticidad de la evidencia no es suficiente crear un sistema de cadena de custodia, que asegure que el objeto recogido en la escena del delito sea el mismo que se presente al juez en la audiencia para su posterior valoración probatoria, en cumplimiento del principio de inmediación probatoria. Es necesario, además, sancionar las conductas que destruyen, ocultan o alteran el material probatorio, pues por esa vía se afectan la eficaz y recta impartición de justicia, entendido, como se dijo en la exposición de motivos del proyecto que culminó con la Ley 599 del 2000, que «no se trata de proteger sólo los atentados contra la justicia en términos de organización formal, sino todo agravio o atentado contra los mecanismos por medio de los cuales se discierne y reconoce el derecho». Protección que se extiende al concepto estructural de justicia, en tanto se quiso amparar toda actuación destinada a prodigarla. La justicia que se protege es la material, no la formal, pues corresponde a uno de los fines esenciales del Estado, conforme con el preámbulo de la Constitución, y sobre ella opera el interés general de la sociedad y el individual.

Así, basta solo con que el sujeto agente direcciona su actuar a ocultar, alterar o destruir un elemento de convicción que pueda ser tenido en cuenta para el adelantamiento de una investigación o que tenga una vocación probatoria específica, para que se configure la conducta descrita en el canon 454B del C.P., sin que sea requisito para determinar su punibilidad el conocer si realmente se logró el objetivo delictual o cuál ha sido la suerte del proceso penal al que se debió introducir la evidencia sobre la que recayó el acto de evitación de uso.

Caso en concreto:

De conformidad con el decurso del proceso, se tiene que como resultado de la interceptación al abonado 3108340426 el cual, por vía de estipulación, se dio por probado que pertenecía al señor **José Ignacio Berrío Cardona**, se tuvo conocimiento que el acusado efectuó la incautación el día 11 de noviembre de 2016. de un elemento que por sus características y olor se asemejaba a la cocaína.

En comunicación posterior, el encartado le manifestó a un compañero suyo, al cual no se pudo identificar, que le dijera al “pelado que solo le habían metido 8 papeletas para colaborarle”; por estos motivos, la Fiscalía solicitó una adición a la imputación, enrostrándole el delito de ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio y acusándolo por ese punible.

El juicio oral giró también en torno a ese reato, considerando la judicatura de primer nivel que la prueba practicada en la vista pública fue suficiente para demostrar la materialidad de la conducta y la responsabilidad penal del acusado.

La defensa de **José Ignacio Berrío Carmona** censuró la condena impuesta a su prohijado, argumentando que ese 11 de noviembre de 2016 el procesado participó en 2 procedimientos de captura e incautación de estupefacientes, y que la judicatura de primer nivel solo se basó en la aprehensión del menor de edad, a quien se le confiscaron 8 bolsas de una sustancia de características similares a la cocaína, lo que generaba una duda sobre cuál fue el decomiso sobre el que se presume que su defendido ocultó una evidencia física con fines de que no fuera tenida en cuenta en la investigación, por cuanto no era lo suficientemente claro en la charla telefónica que se estuviera hablando de la incautación de la sustancia psicotrópica al adolescente.

Pues bien, analizando el contenido de las interceptaciones al abonado 3108340426, encuentra la Sala que no le asiste razón al censor al plantear que existe una duda que debe ser resuelta en favor de su asistido, por los motivos que a continuación se exponen:

En primer lugar, al escuchar la interceptación identificada con el ID 38931323 del 11 de noviembre de 2016, se tiene que el acusado le indica a su interlocutor: “Mi rey me le dice a ese pelado que le colaboramos ahí que solo le metimos 8 de la blanca pa que si le preguntan diga que le cogimos 8 nada más ... porque no le quisimos meter el resto, que 8”¹⁸.

Aquí cobra especial relevancia el aspecto volitivo del sujeto agente, lo que tiene incidencia directa sobre la materialidad de la conducta, cuando le manifiesta al otro policial que solo iba a reportar una parte del alijo de droga retenida al “pelado”, lo que de facto permite a la Sala inferir que se estaba ante una cantidad de sustancia superior a la que se reportó como incautada, y que ese calificativo, dentro de la jerga del medio social en el que se encuentra inmerso el procesado, iba dirigido al menor de edad aprehendido.

¹⁸ Audio de la sesión de juicio oral del 2 de octubre de 2018, del minuto 4:12:09 al 4:12:29

En segundo lugar, y no menos importante, se tiene un acta de incautación de elementos suscrita por el señor **Berrío Cardona** en su calidad de patrullero de la Policía Nacional, donde consignó en manuscrito haberse confiscado “08 bolsas transparentes de sello hermético (sic) la cual contiene en su interior una sustancia que por sus características y olor se asemejan a la cocaína”¹⁹.

En tercer lugar, el contenido de la interceptación reseñada con el ID 39040003, se observa como **José Ignacio Berrío** Cardona pone en conocimiento de su superior un procedimiento de aprehensión de un menor por encontrarse este en posesión de sustancia estupefaciente²⁰

Pero eso no es todo, con el testimonio del patrullero Joan Mauricio Parra López, se introdujo el libro de población de la Subestación de Policía de Porce, en el cual a folios 41 y 42²¹ se encontraba consignado el procedimiento de aprehensión de un menor por encontrarle 8 bolsas con sustancia parecida a la cocaína, en el cual participaron el patrullero Sanz y el procesado.

El análisis de estos 3 elementos demostrativos, permiten colegir a la Magistratura que: 1) existió un procedimiento de aprehensión de un menor; 2) el acusado participó en dicha aprehensión; 3) el acusado firmó un acta de incautación de elementos donde reportó 8 bolsas de una sustancia de características similares a la cocaína; y 4) el acusado manifestó a un compañero que solo iba a reportar 8 bolsas “de la blanca” para colaborarle al menor.

¹⁹ Archivo en PDF, denominado “19.EMP acta de incautación”

²⁰ Audio de la sesión de juicio oral del 2 de octubre de 2018, del minuto 4:14:09 – 4:15:55

²¹ Archivo en PDF, denominado “25.Copia libro de población”

En este estado de cosas, deviene diáfano que el señor **Berrío Cardona** si fue quien incautó la droga y de manera premeditada solo procedió a reportar una cantidad de 8 papeletas para que fueran tenidas en cuenta en la investigación, quedando demostrado que, con base en el ID 38931323 del 11 de noviembre de 2016, la cantidad de estupefaciente que se incautó en esa oportunidad superaba la cantidad que finalmente puso a disposición.

Con esa omisión voluntaria del acusado al no registrar en el acta toda la cantidad de estupefaciente decomisada, se evitó que la totalidad el alijo fuera introducido a la investigación, lo que evidentemente constituye una afrenta al bien jurídico de la recta y eficaz impartición de justicia, por ser ese tipo de elementos evidencia física de conformidad con lo instituido en el código de procedimiento penal.

Si bien es cierto que no se tuvo conocimiento sobre otros detalles del proceso penal seguido en contra del menor que fue aprehendido en esa oportunidad, ello no obsta para que se materialice la conducta descrita en el canon 454B del C.P., por cuanto solo se exige que el sujeto agente evite que un elemento material probatorio sea utilizado en la investigación o como prueba en juicio, tal como ocurrió en este caso, donde el señor **José Ignacio Berrío Cardona** ocultó una cantidad indeterminada de estupefacientes, con miras a favorecer a un adolescente aprehendido en razón a encontrársele ese tipo de sustancias prohibidas, evitando que la totalidad del alijo fuera llevado a la investigación que se iba a seguir en contra del aprehendido.

Por lo anterior, acertó la primera instancia en condenar al señor **José Ignacio Berrío Cardona** por el punible de ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio, al poderse establecer con fundamento en la prueba practicada en el juicio oral la responsabilidad penal del encartado, no

siendo de recibo los planteamientos efectuados por la defensa al momento de promover la apelación que hoy nos ocupa.

Así, pues, al no existir incertidumbre sobre los hechos acaecidos el 11 de noviembre de 2016, donde el señor **Berrío Cardona** ocultó una evidencia física para sustraerla de la investigación y favorecer así a un menor aprehendido en posesión de sustancias psicotrópicas, la solución que se impone es confirmar el fallo de primera instancia.

8. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Constitución Política,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 6 de marzo de 2020 proferida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito con Funciones de conocimiento de Medellín, Antioquia, que absolvió al señor **José Ignacio Berrío Cardona** por los delitos de concierto para delinquir y peculado por apropiación y lo condenó por el reato de ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio, a la pena de 50 meses de prisión, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: ABSTENERSE de pronunciarse sobre la nueva conducta propuesta por la Fiscalía respecto del delito de asociación para la comisión de un delito contra la administración pública, por lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: La presente decisión es susceptible del recurso de casación en los términos de Ley.

CUARTO: En firme la decisión, regrésese el expediente al juzgado de origen para lo de su cargo

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

Magistrado



RICARDO DE LA PAVA MARULANDA

Magistrado



RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ

Magistrado