



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

# Boletín Jurisprudencial

## Sala de Casación Penal

Julio 30 de 2018 n.º 09

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>

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Dictamen pericial: criterios a tener en cuenta en su desarrollo y apreciación

La Sala consolida su jurisprudencia en materia probatoria y especialmente en cuanto a la práctica, valor probatorio y requisitos del dictamen pericial.

De igual manera, precisa el alcance de la prohibición de condenar con fundamento únicamente en prueba de referencia, cuando no es complementada en debida forma por otros medios probatorios.

SP2709 (50637) de 11/07/18

M. P. Patricia Salazar Cuéllar

### ANTECEDENTES

El 20 de octubre de 2012 la Fiscalía le imputó a CV el delito de actos sexuales con menor de catorce años, agravado, previsto en los artículos 209 y 211 -numeral 2º- del Código Penal. Lo acusó bajo los mismos presupuestos fáctico y jurídico.

Una vez agotados los trámites previstos en la Ley 906 de 2004, el Juzgado Once Penal del Circuito de Cali lo condenó a las penas de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 144 meses, tras hallarlo penalmente responsable del delito objeto de acusación.

La base fundamental de la condena la constituye el dictamen pericial del psicólogo que entrevistó a la víctima de seis años para la fecha de los hechos.

La Sala entra a decidir el recurso de casación interpuesto por la defensa del procesado.

### TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Dictamen pericial: criterios a tener en cuenta en su desarrollo y apreciación || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Dictamen pericial: determinación de la base técnico científica || **DICTAMEN PERICIAL** - Base fáctica

«En la Ley 906 de 2004 se establecieron reglas puntuales sobre la prueba pericial, especialmente en lo que concierne a la base “técnico-científica” de la misma. Recientemente, esta Corporación se ocupó de esta temática, con el ánimo de resaltar la necesidad de que los expertos convocados por las partes expliquen suficientemente “los principios científicos, técnicos o artísticos en los que fundamenta sus verificaciones o análisis y grado de aceptación”, tal y como lo dispone expresamente el artículo 417 de esa codificación. Todo bajo el entendido de que los jueces no deben aceptar de forma irreflexiva lo que expresen los peritos, a partir de la simple autoridad de quien emite la opinión [...].

[...]

En síntesis, frente a la base técnico científica del dictamen pericial se tiene lo siguiente: (i) la opinión puede estar soportada en “conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados”; (ii) el interrogatorio al perito debe orientarse a que este explique suficientemente la base “técnico-científica” de su opinión, lo que implica asumir las respectivas cargas, como cuando, a manera de ejemplo, se fundamenta en una “ley científica” -en sentido estricto-, en datos estadísticos, en conocimientos técnicos, etcétera; (iii) el experto

debe explicar si “en sus exámenes o verificaciones utilizó técnicas de orientación, probabilidad o certeza”, lo que resulta determinante para establecer el peso que el dictamen puede tener en la decisión judicial, porque, a manera de ejemplo, no es lo mismo que se afirme que existe más del 99% de probabilidad de que un hecho haya ocurrido, a que se concluya que es “*más probable que menos probable*” -preponderancia- que un determinado fenómeno haya tenido ocurrencia; (iv) cuando se pretende la admisión de “*publicaciones científicas o de prueba novel*”, se deben cumplir los requisitos previstos en el artículo 422 de la Ley 906 de 2004; (v) lo anterior, bajo el entendido de que el Juez no está llamado a aceptar de forma irreflexiva el dictamen pericial, sino a valorarlo en su justa dimensión, lo que supone el cabal entendimiento de las explicaciones dadas por el experto; y (vi) en buena medida, la claridad sobre la base científica del dictamen pericial, y de los demás aspectos que lo conforman, depende de la actividad de las partes durante el interrogatorio cruzado, lo que es propio de un sistema de corte adversativo, del que es expresión la regulación del interrogatorio al experto, prevista en los artículos 417 y siguientes de la Ley 906 de 2004.

[...]

La base fáctica del dictamen está constituida por los hechos o datos sobre los que el experto emite la opinión. Por ejemplo: (i) la presencia y ubicación de las heridas en el cuerpo de la víctima pueden ser insumos suficientes para que el médico legista explique la causa de la muerte; (ii) la localización de la víctima para cuando fue atropellada por un automotor, la ubicación final del cuerpo, las características del rodante, la extensión de la huella de frenada, etcétera, le pueden permitir a un físico calcular la velocidad que el procesado le imprimía al automotor en los momentos previos al accidente; (iii) las reacciones de la persona sometida a un evento traumático pueden resultar útiles para que el experto en la respectiva disciplina dictamine sobre las afectaciones de orden psíquico derivadas de la conducta punible; etcétera.

La base fáctica del dictamen puede estar conformada por lo que el perito percibe directamente, como sucede, verbigracia, con los médicos legistas que estudian un cadáver y, a partir de esa información y de sus conocimientos especializados, emiten una opinión sobre la causa de la muerte. Igual sucede, también a

manera de ilustración, con el perito en mecánica automotriz que inspecciona un vehículo involucrado en un accidente y, luego, aplica su experticia a los datos obtenidos, para arribar a una determinada conclusión. En estos casos, el perito es testigo de los hechos o datos a partir de los cuales emite su opinión, los cuales, en sí mismos, son relevantes para tomar la decisión, bien porque tengan el carácter de hechos jurídicamente relevantes o de “*hechos indicadores*”, según lo indicado en el numeral 6.1.

Es igualmente posible que la base fáctica del dictamen esté conformada por hechos que son demostrados en el juicio oral a través de otros medios de prueba [...].

[...]

El perito debe explicar la relación que existe entre la base “*técnico-científica*” y la base fáctica, lo que incluye la determinación de si “en sus exámenes o verificaciones utilizó técnicas de orientación, de probabilidad o de certeza” (Art. 417).

En esencia, el experto debe explicar por qué el caso objeto de opinión encaja en las reglas técnico científicas que ha explicado [...].»

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Dictamen pericial: obligaciones de la Fiscalía || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Pruebas: pertinencia || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba pericial: valoración probatoria

«Cuando la parte pretende utilizar dictámenes periciales para demostrar su hipótesis factual, debe tener claros los aspectos analizados en precedencia, entre los que cabe resaltar: (i) cuál es la base fáctica del dictamen; (ii) cómo pretende demostrar ese componente del dictamen; (iii) cuál es el hecho jurídicamente relevante o el hecho indicador que busca demostrar con la opinión; (iv) cuando pretende fundamentar su teoría del caso en prueba de referencia, **debe precisar cuáles son los datos adicionales** que se demostrarán con el experto, bien porque los haya percibido “*directa y personalmente*” o porque puedan acreditarse con su opinión; (v) tiene el deber de constatar si esa información es suficiente para cumplir el requisito previsto en el artículo 381 en cita; etcétera.

En este contexto, **la Sala debe resaltar el riesgo de que la Fiscalía descuide la actividad**

**investigativa y la consecuente obtención de “verdaderas pruebas”, por su confianza en que cualquier opinión emitida por un experto pueda ser tenida como prueba irrefutable de la responsabilidad penal**, sin sentar mientes en los aspectos epistémicos atrás analizados y, en general, en la reglamentación de la prueba pericial. Así, por ejemplo, en ocasiones se observa que el ente acusador, en lugar de asegurar en debida forma la prueba testimonial y realizar con prontitud y rigor científico los actos de investigación orientados a recoger y analizar los vestigios del abuso sexual (CSJSP, 31 Agos. 2016, Rad. 43916, entre otras), confía en que los dictámenes sobre la “validez” o “credibilidad” de las declaraciones pueden ser suficientes para soportar su hipótesis factual, cuando ni siquiera se ha logrado obtener una versión idónea para realizar ese tipo de pruebas y sin considerar las limitaciones que tienen las mismas, incluso cuando son aplicadas con todo rigor (CSJSP, 09 Mayo 2018, Rad. 47423). Estas mismas reflexiones son procedentes frente a la actividad de la defensa, cuando propone hipótesis factuales alternativas.

[...]

[...] la admisibilidad de la prueba pericial está supeditada a reglas como las siguientes: (i) la parte debe argumentar la pertinencia, lo que supone una explicación sucinta del sentido de la opinión que emitirá el experto; (ii) además de establecer la necesidad de la prueba pericial, en los términos del artículo 405, deben considerarse los parámetros establecidos en el artículo 376, orientados a evaluar si con el dictamen podrá obtenerse mayor claridad o si, por el contrario, el mismo puede generar confusión, sin perjuicio de establecer si su relevancia para la solución del caso se aviene al tiempo judicial que habrá de destinarse para su práctica; (iii) la prueba pericial será admisible si se establece la confiabilidad de la base técnico-científica, lo que no tiene mayor dificultad cuando se trata de teorías o técnicas consolidadas, pero requiere del cumplimiento de los puntuales requisitos previstos en el artículo 422 cuando se trata de “*publicaciones científicas y prueba novel*”; (iv) el dictamen no puede ser utilizado como medio subrepticio para incorporar pruebas con violación del debido proceso; (v) debe demostrarse la idoneidad del perito, para lo que resulta imperioso anexar al informe los respectivos certificados, sin perjuicio de la posibilidad de demostrar este aspecto con el testimonio del experto, principalmente cuando se

trata de personas que no cuenten con título legalmente reconocido (Art. 408); (vi) a partir de estos parámetros, el Juez debe resolver sobre la admisibilidad de la prueba pericial; y (vii) las partes tienen la carga de interrogar y contrainterrogar al perito en los términos de los artículos 417 y siguientes de la Ley 906 de 2004.

En lo que concierne a la práctica del interrogatorio, debe considerarse que **“al perito le serán aplicables, en lo que corresponda, las reglas del testimonio”** (Art. 408), por lo que las partes podrán controlar el interrogatorio a través de las oposiciones, tendrán la oportunidad de impugnar la credibilidad del perito, bien durante el contrainterrogatorio o presentando, de ser el caso, prueba de refutación».

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba pericial: límites || **TESTIMONIO** - Del menor: victimización || **DELITOS SEXUALES** - Alcance del interés superior del menor || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Testimonio del menor: defensor de familia, obligaciones

«[...] la prueba pericial está supeditada, como todas las demás, a que con su práctica no se afecten derechos fundamentales por fuera del marco constitucional y legal previsto para tales efectos, lo que bien puede ocurrir en la estructuración de la base fáctica del dictamen (por ejemplo, en la toma de muestras al imputado o a la víctima sin el cumplimiento de los requisitos previstos en la Constitución y la ley) o en los estudios practicados por el experto (verbigracia, la realización de análisis de ADN que puedan acarrear discriminación racial).

En el ámbito de los dictámenes psicológicos, debe tenerse en cuenta lo que se expresará en el numeral 6.3.3 en torno a la prohibición de someter a las víctimas a doble victimización o victimización secundaria. Ello puede suceder por el hecho de exponer a los menores a reiterados interrogatorios sobre los hechos objeto de investigación, o porque el análisis psicológico, claramente orientado a la obtención de pruebas de cargo o descargo, genere ese tipo de afectaciones.

En este caso, M.J.G.G. fue sometida a múltiples interrogatorios y fue objeto de varios “*estudios*”, la mayoría orientados a obtener las pruebas que la Fiscalía y la defensa consideraron útiles para soportar sus teorías. La menor se mostró

saturada ante las excesivas intervenciones, a lo que también hizo alusión su tía MG cuando declaró en el juicio oral.

Ante esa realidad, la Sala recuerda enfáticamente el rol que la Ley 1098 de 2006 le asigna a la Defensoría de Familia en la protección de los menores víctimas de delitos, especialmente de aquellos de mayor gravedad, y la función que el legislador le asignó a los jueces en la salvaguarda de los derechos al interior del proceso penal.

Así, cuando, como en este caso, las partes consideren necesario realizar nuevos dictámenes psicológicos, y estimen que las anteriores entrevistas rendidas por el menor son insuficientes para ese propósito, esto es, que se requiere una nueva intervención a quien comparece en calidad de víctima, no resulta suficiente la autorización de los padres o representantes legales; es necesario que el asunto sea resuelto por el Juez, con la intervención del Defensor de Familia.

Lo anterior es así, entre otras cosas porque: (i) la práctica de múltiples interrogatorios o exámenes orientados a la obtención de pruebas pueden afectar la integridad psíquica del menor que tiene la calidad de víctima de abuso sexual u otros delitos graves, tal y como se explica en el apartado 6.3.3; (ii) el Estado tiene la obligación de proteger a los niños, especialmente cuando se encuentran en esa particular situación de vulnerabilidad -ídem-; (iii) la protección de los derechos fundamentales al interior del proceso penal le está confiada al Juez, sin perjuicio de las obligaciones y los límites que deben ser observados por las partes; y (iv) al efecto, debe tenerse en cuenta que el artículo 250 de la Constitución, y los artículos 153 y siguientes de la Ley 906 de 2004, disponen que se tramitará en audiencia preliminar, a cargo del juez de control de garantías, entre otras cosas, “*la adopción de medidas necesarias para la protección de víctimas y testigos*”, lo que ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia, entre otras, en la sentencia C-822 de 2005, de la Corte Constitucional ».

**PROCESO PENAL** - No implica la responsabilidad penal del procesado: debe respetarse el debido proceso || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba anticipada: en caso de delitos contra menores, puede impedir su victimización || **SISTEMA PENAL**

**ACUSATORIO** - Mejor evidencia: objeto || **TESTIMONIO** - Credibilidad: valoración corresponde al juez

«Bajo ninguna circunstancia puede entenderse que las personas que comparecen al proceso penal en calidad de víctimas tienen derecho a que, irremediablemente, se emita una sentencia condenatoria, así ello implique la eliminación de los derechos del procesado. Ello negaría la razón de ser del proceso, entendido como escenario dialéctico al que comparecen las partes con el propósito de demostrar las teorías factuales que han estructurado en la fase de preparación del juicio oral, según las reglas definidas previamente por el legislador, que abarcan, entre otras cosas, los requisitos para que una prueba sea admitida, el estándar de conocimiento que debe lograrse para la imposición de la sanción penal, e incluso algunas prohibiciones, como la de basar la condena exclusivamente en prueba de referencia. Al respecto, en la decisión CSJSP, 16 Mar. 2016, Rad. 43866 se hizo alusión a algunos ejemplos de armonización de los derechos de las víctimas y las garantías del procesado

[...]

Parece elemental que si una parte pretende sustentar su teoría del caso en una declaración anterior al juicio oral, debe procurar que la misma tenga la mejor calidad, esto es, debe procurar obtener la “*mejor evidencia*”, entendido este concepto en su sentido más amplio (CSJAP, 08 Nov. 2017, Rad. 51410). Al respecto, no puede perderse de vista que la calidad de una declaración puede verse enriquecida si la parte contra la que se pretende aducir tiene la posibilidad de formularle preguntas al testigo (CSJSP, 23 Nov. 2017, Rad. 45899), así sea con las limitaciones del interrogatorio dirigido a niños que comparecen en calidad de víctimas. Ello es así, porque es natural que la Fiscalía y la defensa aborden las pruebas desde enfoques diferentes, lo que puede permitir que se aclaren aspectos relevantes para la decisión que debe tomar el juez. De ahí la importancia de hacer uso, en cuanto sea posible, de la figura de la prueba anticipada, en la medida en que esta garantiza el ejercicio de la confrontación, así sea con algunas restricciones, bajo el entendido de que esta, además de estar consagrada como una garantía judicial mínima, constituye un importante factor de dinamización de la prueba testimonial.



Según se indicó en precedencia, la Sala observa con preocupación que en ocasiones las partes, en lugar de tomar las medidas pertinentes para obtener declaraciones de la mejor calidad y recaudar evidencias físicas u otra información relevante para la demostración de sus hipótesis factuales, intentan suplir esas carencias con la presentación de dictámenes sobre la “*validez*” o “*credibilidad*” de esas versiones, sin tener en cuenta aspectos como los siguientes: (i) finalmente, el estudio de la credibilidad de los testigos está reservado al juez; (ii) sin perjuicio de los debates que existen sobre la confiabilidad de esas técnicas, su utilización está supeditada a la existencia de una declaración debidamente practicada (CSJSP, 09 Mayo 2018, Rad. 47423); (iii) a mayor calidad de la declaración rendida por fuera del juicio oral, mayores serán los insumos con los que contará el Juez para su valoración; y (iv) basta recordar, solo a manera de ilustración, lo referido recientemente por esta Corporación sobre algunos de los criterios utilizados en la técnica CBCA, para establecer que la claridad sobre estos aspectos le pueden facilitar al Juez la valoración del testimonio, independientemente de si se presenta o no el concepto de un experto sobre su “*validez*” o “*credibilidad*” [...].»

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Versiones rendidas antes del juicio: entrevistas, menor víctima de delitos sexuales, es prueba de referencia || **DICTAMEN PERICIAL** - Perito: prohibición de elevar juicios de responsabilidad || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Testigo: interrogatorio, reglas, prohibición de preguntas sugestivas, capciosas o confusas || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba de referencia: prohibición de condenar con base exclusivamente en ellas

«En el fallo de primera instancia se hizo un recuento de las plurales versiones que M.J.G.G. antes del juicio oral, para resaltar que las mismas son homogéneas en los aspectos sustanciales.

Se hizo hincapié, además, en la opinión del perito Fernando Grueso sobre el origen de la declaración de la niña, esto es, que se trató de una vivencia y no de un sueño, y sobre la supuesta “*afectación emocional*”

[...]

Según la postura mayoritaria del Tribunal, la opinión del psicólogo Fernando Grueso, en lo que

atañe al origen de la declaración de la niña, es determinante para la solución del caso.

[...]

[...] (i) desde la audiencia preparatoria la Fiscalía tenía claro que ante la indisponibilidad de M.J.G.G. como testigo, sus declaraciones anteriores tendrían el carácter de prueba de referencia; (ii) durante el juicio oral la niña negó haber sido víctima de abuso sexual, y, a instancias del Defensor de Familia, se decidió suspender el interrogatorio, lo que desencadenó la indisponibilidad de la declarante, pues ya no fue posible que las partes le formularan preguntas sobre el contenido de sus declaraciones anteriores; (iii) en ese momento, la Fiscalía no hizo nada en procura de incorporar la declaración anterior de la menor; (iv) fue mucho más adelante, durante el interrogatorio del psicólogo Fernando Grueso, que la entrevista rendida por M.J.G.G. se incorporó, más como un anexo del peritaje que como prueba de referencia; y (v) de la misma manera se incorporaron las otras versiones de la niña, rendidas ante los expertos solicitados por la Fiscalía, pero nunca se aclaró cuáles de ellas se tendrían como prueba, según los parámetros analizados en el apartado 6.3.

A la luz de lo analizado en los numerales 6.3.1, 6.3.2 y 6.3.9, es evidente que las versiones de la niña, que sirvieron de soporte a la condena, constituyen prueba de referencia, porque: (i) se trata de declaraciones rendidas por fuera del juicio oral; (ii) que se presentaron como medio de prueba de los aspectos centrales del debate; (iii) cuya práctica no fue posible en el juicio, por las razones ya indicadas; (iv) lo que imposibilitó que la defensa ejerciera el derecho a la confrontación. Este aspecto fue desconocido por el Juzgado y el Tribunal.

[...]

Tal y como se resaltó en el numeral 5.1, el Tribunal dio por sentado que los hechos ocurrieron tal y como lo expuso el psicólogo e investigador de la Fiscalía, esto es, que al momento de los hechos la niña pudo ver esas vestimentas y las observó de nuevo cuando se reunió con su mamá y su padrastro. Esto amerita un doble reproche, pues esas aseveraciones no hacen parte de una “*opinión experta*”, y, además, si así hubiese sido, **el juzgador no tenía por qué asumir, acriticamente, esa conclusión como una verdad apodíctica**, por el simple hecho de

provenir de un profesional de la psicología, tal y como se reiteró a lo largo del apartado 6.2.

[...]

En la misma línea, la Sala quiere llamar la atención sobre la obligación de constatar la calidad de los interrogatorios practicados por fuera del juicio oral, y sobre la importancia de diferenciar su contenido de los comentarios que otras personas hagan sobre los mismos, entre otras cosas porque las confusiones al respecto pueden dar lugar a un falso juicio de identidad por adición o tergiversación, en la medida que se dé por sentado que el testigo dijo algo que solo está en la mente de quien emite su opinión sobre el testimonio.

[...]

Para los fines de la presente decisión, lo que resulta determinante es que los juzgadores omitieron considerar el carácter de prueba de referencia que, sin duda, tiene la declaración rendida por M.J.G.G., que fue determinante como soporte de la condena. Este yerro, según se verá, dio lugar a un error de derecho por falso juicio de convicción, en la medida en que se desatendió la prohibición prevista en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, de basar la condena únicamente en prueba de referencia, cuyo sentido y alcance fue estudiado en el numeral 6.3.8.

[...]

Sobre la prueba complementaria a la de referencia, cabe resaltar que la Fiscalía al parecer dio por sentado que con el testimonio del psicólogo Fernando Grueso podría incorporar la información que permitiera superar la prohibición prevista en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 [...].

[...]

La ausencia de una “*opinión experta*” sobre este tema se refleja, además, en los planteamientos de la Fiscalía cuando, durante el contrainterrogatorio, se opuso a la pregunta que

formuló la defensa sobre los aspectos de la psicología que fueron aplicados en este caso [...].

[...]

Fácilmente se advierte que el testigo Fernando Grueso descarta que haya realizado una entrevista orientada a detectar la supuesta afectación psicológica, acepta que para tales efectos se requería una mayor interacción con la menor y, al referirse a los procedimientos utilizados, omite cualquier explicación sobre los fundamentos técnico científicos a partir de los cuales pudiera concluirse que el daño alegado por la Fiscalía realmente ocurrió.

[...]

Por lo expuesto, para la Sala es claro que la condena se basó exclusivamente en prueba de referencia, lo que dio lugar a la violación indirecta de la ley sustancial, por error de derecho en la modalidad de falso juicio de convicción, en la medida en que se desatendió la prohibición expresa prevista en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004. Tal y como se indicó en el numeral 6.3.8, esta prohibición no puede tenerse como un asunto de poca monta, pues constituye uno de los principales desarrollos del derecho a la confrontación, erigido en garantía judicial mínima en varios tratados sobre derechos humanos suscritos por Colombia y en el ordenamiento interno.

[...]

Las otras pruebas practicadas a instancias de la Fiscalía no aportaron información adicional a la prueba de referencia, en buena medida porque la mayoría de los testigos se refirieron a la existencia y contenido de las versiones rendidas por la niña por fuera del juicio oral. Además, se tocaron una serie de temas impertinentes, que contribuyeron a la dilación del trámite».

**(Texto resaltado por la Relatoría)**

**COAUTORÍA** - Diferencia con el concierto para delinquir

La Sala identifica las diferencias entre la figura de la coautoría con el delito de concierto para delinquir.

SP2772 (51773) de 11/07/18

M. P. Luis Antonio Hernández Barbosa

### ANTECEDENTES

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor de HGG contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín el 9 de junio de 2017, confirmatoria de la dictada el 3 de abril de 2016 por el Juzgado 4 Penal del Circuito de la misma ciudad, que lo condenó como coautor del delito de concierto para delinquir agravado.

Los hechos que se juzgan se dieron dentro de una serie de operaciones militares conocidas como “falsos positivos”, donde se dio muerte a varias personas para hacerlas parecer como dadas de baja en combate.

El procesado fue condenado (luego de una ruptura procesal), para lo que aquí interesa por el delito de concierto para delinquir.

Para la defensa el tribunal confundió la coautoría en los homicidios con el concierto para delinquir, sobre este aspecto fundamental entra la Sala a decidir.

### TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

**COAUTORÍA** - Diferencia con el concierto para delinquir || **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Elementos || **COAUTORÍA** - Elementos

«El delito de **concierto para delinquir** tiene lugar cuando varias personas se asocian con el propósito de cometer delitos indeterminados, ya sean homogéneos, como cuando se planea la comisión de una misma especie de punibles, o bien heterogéneos, caso en el cual se concierta la realización de ilícitos que lesionan diversos bienes jurídicos; desde luego, su finalidad trasciende el simple acuerdo para la comisión de uno o varios delitos específicos y determinados, en cuanto se trata de la organización de dichas personas en una sociedad con vocación de permanencia en el tiempo.

En efecto, la indeterminación en los delitos objeto del concierto para delinquir apunta a ir más allá de la comisión de punibles específicos en un espacio y tiempo determinados, pues en este caso se estaría en presencia de la figura de la coautoría, en cuanto es preciso para configurar aquel delito el carácter permanente de la empresa organizada, generalmente especializada en determinadas conductas predeterminables, pero no específicas en tiempo, lugar, sujetos pasivos, etc., es decir, “*sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar*”, de modo que cualquier procedimiento ilegal en procura de la consecución del fin es admisible y los comportamientos pueden realizarse cuantas veces y en todas aquellas circunstancias en que sean necesarios.

En cuanto a la comisión del referido comportamiento es suficiente acreditar que la persona pertenece o formó parte de la empresa criminal, sin importar si su incorporación se produjo al ser creada la organización o simplemente adhirió a sus propósitos con posterioridad, y tampoco interesan las labores que adelantó para cumplir los cometidos delictivos acordados.

Contrario a lo expuesto por algún sector de la doctrina patria, tal como se advierte sin dificultad en el desarrollo legislativo del concierto para delinquir, no se encuentra circunscrito al acuerdo de voluntades sobre la comisión de delitos contra el bien jurídico de la seguridad pública, pues por voluntad del legislador que no distinguió, el pacto puede recaer sobre una amplia gama de delincuencias lesivas de ese u otros bienes jurídicos, e inclusive respecto de punibles de la misma especie.

Es un delito de mera conducta, pues no precisa de un resultado; se entiende que el peligro para la seguridad pública tiene lugar desde el mismo momento en que los asociados fraguan la lesión de bienes jurídicos.

No necesariamente el simple y llano concurso de personas en la comisión de uno o varios delitos, o el concurso material de dos o más punibles estructuran un concierto para delinquir, pues tales circunstancias pueden ser también predicables del instituto de la coautoría, motivo por el cual se impone precisar el ámbito de ambas figuras a fin de evitar que se viole el principio non bis in idem al asumir indebidamente a los coautores de cualquier delito como sujetos activos del concierto para delinquir, temática central de la demanda de casación promovida por la defensa en este asunto.

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 posterior. 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 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 pública».

**(Texto resaltado por la Relatoría)**



**PROCEDIMIENTO ESPECIAL ABREVIADO -**  
Aceptación de cargos, flagrancia, favorabilidad

Aplicación por favorabilidad de la ley 1826 de 2017 que regula el “Procedimiento Especial Abreviado” y establece una rebaja de pena del 50% incluso en caso de flagrancia.

SP1763 (51989) de 23/05/18

M. P. José Luis Barceló Camacho

**ANTECEDENTES**

La tarde del siete (7) de abril de dos mil diecisiete (2017), JCOP y BSDH fueron capturados instantes después de robar un teléfono celular al menor V.M.D.P. de 17 años de edad.

El delegado del órgano de persecución penal le informó a los investigados que tenían la posibilidad de aceptar el cargo formulado, pero advirtiéndoles que únicamente les podía ofrecer a cambio una rebaja del 12.5% de la pena imponible, toda vez que habían sido capturados en flagrancia. Únicamente JCOP se allanó a la imputación por el delito de hurto calificado y agravado.

Luego de ser inadmitida la demanda de casación y no presentarse recurso de insistencia, entra la Sala a decidir la posible aplicación del principio de favorabilidad en cuanto a la dosificación de la pena.

**TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Aceptación de cargos: disminución punitiva, flagrancia ||  
**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Procedimiento Especial Abreviado (Ley 1826 de 2017): aceptación de cargos, flagrancia, favorabilidad

«Conforme al inciso tercero del artículo 29 de la Constitución Política: *“En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”*.

En desarrollo de dicho mandato, el inciso segundo del artículo 6° de la Ley 599 de 2000, que hace parte de las normas rectoras del Código

Penal, que “[...] constituyen la esencia y orientación del sistema penal [...]”, prevalecen sobre las demás e informan su interpretación (artículo 13 ibidem), dispone: *“La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados”*.

A través del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, normatividad preexistente a los hechos del presente proceso, pues rige desde el 25 de junio de 2011, fecha de su promulgación en el Diario Oficial n.º 48110, el Congreso de la República modificó el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal, referido al tema de la flagrancia. En virtud de la reforma, al artículo 301 se le adicionó un párrafo del siguiente tenor: *“La persona que incurra en las causales anteriores sólo tendrá 1/4 del beneficio de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004”*.

Como ya se anotó, en la audiencia de formulación de imputación el Fiscal invocó esa disposición y, como el monto del beneficio de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004 es hasta de la 1/2 o, lo que es lo mismo, hasta del 50% de la pena imponible, le ofreció a JCOP, a cambio de allanamiento a cargos, el 12.5% de rebaja punitiva, es decir, la cuarta parte del cincuenta por ciento. El imputado aceptó.

En la sentencia, el Juzgado Primero Penal Municipal con función de conocimiento de Armenia individualizó la pena de prisión en el mínimo legal resultante de modificar los extremos punitivos previstos en el inciso segundo del artículo 240 del Código Penal mediante la aplicación de las previsiones contenidas en los cánones 241-10 y 268 ibidem, es decir, en setenta y dos (72) meses. A continuación, disminuyó ese guarismo en una cuarta parte (1/4), por el allanamiento a cargos, y luego a la cantidad resultante (63 meses) le redujo sus tres cuartas partes (3/4), por reparación (art. 269). Fue así como cuantificó la pena principal en 15 meses y 22.5 días de prisión.

El 6 de julio de 2017, es decir, con posterioridad a los hechos, pero **con anterioridad a la emisión de las sentencias de primera y segunda instancia**, entró en vigor la Ley 1826 de 2017, promulgada el 12 de enero del mismo año en el Diario Oficial n.º 50114, *“Por medio de la cual se establece un procedimiento penal especial abreviado y se regula la figura del acusador privado”*. Para el efecto, fueron modificados

varios artículos del Código de Procedimiento Penal y se le adicionó a éste el Libro VII, sobre “*Procedimiento especial abreviado y acusación privada*”, conformado por los artículos 534 a 564.

**El procedimiento especial abreviado en mención se aplica a las conductas punibles que requieren querrela para el inicio de la acción penal y a los delitos que se enlistan en el numeral 2° del artículo 534 del C. de P. P.,** entre los que se encuentran: “[...] hurto (C.P. artículo 239); hurto calificado (C.P. artículo 240), hurto agravado (C.P. artículo 241, numerales del 1 al 10), [...]”, **es decir, la conducta punible por la que se procede en el presente caso.**

También opera frente a “[...] todos los casos de flagrancia de los delitos contemplados en el presente artículo” (parágrafo del artículo 534).

En dicho procedimiento especial abreviado la comunicación de los cargos (es decir, la formalización de la investigación) se surte con el traslado del escrito de acusación, que sirve también para interrumpir el término de prescripción de la acción penal (artículo 536).

Sobre el particular, el parágrafo 4° del precepto en mención dispone: “*Para todos los efectos procesales el traslado de la acusación equivaldrá a la formulación de imputación de la que trata la Ley 906 de 2004*”. Y el artículo 535 agrega: “*En todo aquello que no haya sido previsto en forma especial por el procedimiento descrito en este título, se aplicará lo dispuesto por este código y el Código Penal*”.

En el procedimiento especial abreviado la siguiente audiencia es la concentrada. Esta equivale a la fusión de las audiencias de formulación de acusación y preparatoria del trámite ordinario (artículos 541 y 542).

La Ley 1826 de 2017 prevé que el indiciado puede acercarse al fiscal y aceptar cargos en cualquier momento previo a la audiencia concentrada. Así mismo, que: “***La aceptación de cargos en esta etapa dará lugar a un beneficio punitivo de hasta la mitad de la pena. [...]***” (artículo 539).

El parágrafo de ese precepto aclara: “***Las rebajas contempladas en este artículo también se aplicarán en los casos de flagrancia, salvo las prohibiciones previstas en la ley, referidas a la naturaleza del delito***”. Se entiende que dichas prohibiciones son, v. gr., las contempladas en el artículo 199 -numerales 7 y 8- de la Ley 1098 de 2006 o Código de la Infancia y la Adolescencia.

En resumen, **la Ley 1826, para los casos en los que ha existido captura en flagrancia, contiene un tratamiento punitivo más favorable por efecto de la aceptación de cargos en la primera oportunidad procesal habilitada para ello** (rebaja de hasta la mitad de la pena) que el contemplado en la Ley 906 de 2004 para los mismos eventos (rebaja del 12.5% de la pena). Por consiguiente, al cumplirse los presupuestos de operatividad del principio de favorabilidad de la ley penal, en el presente caso debe aplicarse de preferencia y con retroactividad, lo dispuesto por la normatividad de 2017.

Para ello, a partir de la individualización de la pena efectuada por el a quo en 72 meses de prisión, este monto se reducirá en su mitad (1/2) y el resultado, es decir, 36 meses, se reducirá en sus tres cuartas partes (3/4), con fundamento en el artículo 269 del Código Penal, para obtener así un producto final de nueve (9) meses de prisión. Tal será la pena principal que se aplique al señor JCOP. En lo demás los fallos de las instancias se mantendrán incólumes».

**(Texto resaltado por la Relatoría)**

## **PREVARICATO POR OMISIÓN** - Por parte de la Fiscalía en labores de investigación

La responsabilidad de los funcionarios en el área investigativa no se puede determinar únicamente por el transcurso del tiempo, es necesario examinar la actividad desplegada por estos y todas las circunstancias exógenas.

SP1612 (48968) de 16/05/18

M. P. José Luis Barceló Camacho

### **ANTECEDENTES**

«La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por el delegado de la Fiscalía en contra del fallo adoptado por Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha el 1.º de septiembre de 2016, mediante el cual absolvió a REMM por el delito de prevaricato por omisión agravado.

El 2 de abril de 2008, en la vía que de Fonseca conduce a Barrancas (Guajira), mientras se transportaban en un vehículo HUG y los escoltas WFP y LMVM, fueron atacados con armas de fuego desde otro rodante (que luego se encontró incinerado), resultando muertos los dos primeros y herido el último.

Asignada la investigación de estos hechos a la Fiscalía Primera Seccional de Fonseca, su titular, REMM, el 11 de ese mes, elaboró plan metodológico a través del cual dispuso el acopio de distintos elementos de juicio y ordenó a la policía judicial rendir un informe en diez (10) días. Sin embargo, este no se allegó en ese lapso y el funcionario tampoco llevó a cabo gestiones adicionales en pos de que se cumpliera lo requerido.

### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**TIPICIDAD** - Objetiva: no se configura ||  
**PREVARICATO POR OMISIÓN** - No se configura ||  
**PREVARICATO POR OMISIÓN** -  
Demostración: labores de investigación

« [...] la Sala anticipa que la providencia impugnada será confirmada, por las siguientes razones:

La tipicidad, entendida como la definición que hace la ley penal en forma inequívoca, expresa y clara de las características básicas estructurales

del comportamiento que la normatividad reputa contrario a derecho, contrae un doble cariz que ha indicado la jurisprudencia y la doctrina se compone del tipo objetivo y subjetivo.

El tipo objetivo, se vincula a la acción catalogada ilícita e incluye los aspectos descriptivos y normativos que deben concurrir para que una conducta específica se ajuste a aquella previamente determinada como punible.

Respecto del prevaricato por omisión, ha dicho la Corte que se trata de un tipo objetivo compuesto en la medida en que abarca diferentes núcleos rectores (omitir, retardar, rehusar y denegar) alrededor de los cuales puede construirse una imputación jurídico penal independiente. Y según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, retardar, modalidad de reproche endilgada al Dr. MM, equivale a “*diferir, detener, entorpecer, dilatar*”. Desde esta óptica, la mora ilegal aludida por el recurrente tan solo es aparente, con lo que se descarta la configuración de la tipicidad objetiva.

No existe discusión en cuanto a que **el fiscal [...] seccional [...] REMM, el 11 de abril de 2008, le dio diez (10) días a la policía judicial para que llevara a cabo actos de investigación relacionados con el ataque en el que se segó la vida de HUG y WFS. Así mismo, que el informe correspondiente se allegó solo hasta el 8 de agosto de 2008.**

**La Fiscalía se restringe a subrayar el llano transcurso formal de los diez días en cita, sin que aquel se rindiera, como circunstancia que materializa el tipo penal,** pero no acredita cómo el Dr. MM detuvo, entorpeció o dilató las actividades investigativas ordenadas en el programa metodológico y sobre todo pasa por alto diversos elementos de juicio que concurren a explicar dicho escenario, más allá de la perspectiva abstracta y sesgada prohijada en la alzada.

En el juicio oral, el investigador DFCG reportó que realizó los actos urgentes en esa actuación y que una vez se le encargó con la misión de trabajo en cuestión, desplegó gestiones para dilucidar lo ocurrido, en especial, tendientes a determinar los responsables del ataque. Manifestó que como se acostumbra en este tipo de casos, se entrevistó con los familiares de los occisos a fin de obtener datos que permitieran orientar las pesquisas, sin embargo, la colaboración de éstos fue nula.

También relató que como los hechos se dieron en un sitio despoblado, vía nacional, no pudo contactar moradores en la zona que se hubieren percatado de los mismos y dio cuenta de cómo para la época sufrió un grave accidente de tránsito que le impidió continuar con esa labor.

De otro lado, afirmó que previo a su accidente el fiscal primero seccional de Fonseca, REMM, se comunicaba con él a efectos de constatar el estado de las averiguaciones, en las cuales no avanzó mucho por razón del contexto reseñado en precedencia.

[...]

Además señaló que para esa época tenía a su cargo otras investigaciones y que el tiempo, como los recursos disponibles, eran escasos de cara al cúmulo de tareas que tenía asignadas.

Por ende, si no se allegó el informe en el término otorgado lo fue por razones ajenas a la voluntad del fiscal acusado [...].

[...]

La Sala ha decantado tratándose del prevaricato que el estudio de la infracción debe hacerse mediante un juicio ex ante, o sea, a partir de las circunstancias en las que el operador jurídico se encontraba al momento en que debía cumplir con su función legal: *“para la evaluación de esta clase de conductas delictivas se adopta una actitud más descriptiva que prescriptiva, es decir, sujeta a lo que realmente hizo el imputado en la respectiva actuación, asistido de sus propios medios y conocimientos, no a lo que debió hacer desde la perspectiva jurídica y con base en los recursos del analista de ahora”* (Cfr. CSJ SP, 27 Jun. 2012, rad. 37733).

Entonces, en esa línea de pensamiento, no puede pasar desapercibido que en este asunto el paso de los diez (10) días en comento, obedeció a diversas vicisitudes que estaban fueran del ámbito de acción de los servidores públicos llamados a la verificación del programa metodológico.

[...]

En consecuencia, carece de respaldo probatorio la presunta desidia del implicado en exigir la consecución de actos investigativos transcurridos los diez días iniciales otorgados a la policía judicial para el efecto, ya que **la alegada omisión no existió y confluyeron circunstancias que conspiraron contra el recaudo de lo ordenado**, por lo menos en ese lapso y en el inmediatamente posterior.

De igual modo, es infundada la aseveración del apelante en cuanto a que el acusado contaba con suficiente policía judicial para esclarecer lo ocurrido, toda vez que la Unidad Básica de

Investigación Criminal de F para esa fecha estaba integrada por cuatro subintendentes y seis patrulleros que como lo mencionaron los deponentes CG y AG tenían a cargo múltiples investigaciones, por lo tanto, no todos podían dedicarse únicamente a dicho asunto.

Ahora, aun cuando en el informe del director del CTI de [...] anotado en precedencia se consigna que las averiguaciones desplegadas por la Fiscalía Seccional de F ante los homicidios habían sido nulas, tal aserto no se ajusta a las constancias allegadas a este trámite, al avizorarse que se le recibió entrevista a la esposa de unos de los occisos y que se cumplieron otras acciones encomendadas en ese interregno -por ejemplo, las pericias dispuestas respecto de los vehículos involucrados y varios exámenes de balística-, siendo una cuestión distinta que no se hayan obtenido los resultados que el recurrente reclama, se recalca, desde una perspectiva alejada de las condiciones objetivas en las que el procesado desempeñaba su función y de las variables que rodeaban el pronto esclarecimiento de los hechos, por lo menos en los citados diez (10) días.

Adicionalmente, tampoco concurren visos asociados a la materialización del tipo subjetivo, es decir, el dolo, como única modalidad de comisión del delito de prevaricato por omisión, entendido este como la conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo.

El investigador YAG, se encargó de plasmar en declaración cómo una vez retomó los actos investigativos cumplidos por su compañero CG, el fiscal MM siguió al tanto del desarrollo de las pesquisas, desvaneciéndose así el atribuido ánimo dilatorio a la hora de gestionar su oportuna consecución

[...]

Se tiene entonces, que en el juicio se auscultaron las circunstancias antecedentes, concomitantes y posteriores a los sucesos que soportaron la acusación por el delito de prevaricato por omisión en contra del Dr. MM, reconstruyéndose un escenario fidedigno que descarta la presencia de retardo doloso de su parte en la dirección de la investigación de los hechos en los que perdió la vida el señor HUG, su escolta WFS y donde resultó herido su compañero LMVM.

Se demostraron en ese entorno factores intrínsecos a la labor de la Fiscalía -la falta de medios suficientes- y extrínsecos a lo que podrían



denominarse los lineamientos convencionales de cualquier investigación -el temor de las personas llamadas a brindar información, al igual que el modo en que se perpetró el crimen-, que incidían en la pronta resolución del caso. En consecuencia, **la ausencia de resultados válidos bajo la óptica del fiscal acusador** (quien

enarbola a efectos **de endilgar juicio de reproche una postura ideal** basada en lo que, desde su punto de vista, debía haberse hecho, alejado de la realidad en la que el implicado estaba inmerso), no conlleva la materialización de los cargos que formuló».

**(Texto resaltado por la Relatoría)**

---

**Carlos Alfonso Herrera Díaz**  
**Relator**

[relatoriapenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co](mailto:relatoriapenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co)

Teléfono: 5622000 ext. 9317

Carrera 8 N° 12 A-19, Bogotá

