El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**TEMAS: PREACUERDO / REINTEGRO DEL 50% DEL INCREMENTO PATRIMONIAL / EN CASOS DE COAUTORÍA IMPROPIA / NO PROCEDE EL PRORRATEO DEL REINTEGRO NI EXIMIRSE DE ÉL PORQUE NO HAYA PARTICIPADO DEL BENEFICIO ECONÓMICO.**

¿En los eventos de coautoría, a fin que se cumplan con las exigencias del artículo 349 C.P.P. para la aprobación de un preacuerdo, es factible que aquellos Procesados que con la comisión de un delito hayan o no obtenido un incremento patrimonial, para obtener la aprobación de un preacuerdo, deben reintegrar el 50% del valor equivalente al incremento patrimonial percibido, o sí por el contrario dicho valor puede ser prorrateado entre todos Ellos? (…)

Estando claro que algunos de los cargos endilgados a los procesados lo fueron por incurrir como coautores en la presunta comisión del delito de peculado por apropiación, sumado a la controversia planteada a la Sala, considera la Colegiatura que frente a dicho entuerto no le asiste la razón a los reproches formulados por los apelantes en contra del auto opugnado, porque el fenómeno del reintegro consagrado en el artículo 349 C.P.P. como requisito de procedibilidad para la aprobación de un preacuerdo, cuando en la comisión de un delito, que por su naturaleza implica un incremento patrimonial, intervienen varias personas, debe ser analizado a la luz de las disposiciones consagradas en el inciso 2º del articulo 29 C.P. que regula el fenómeno de la coautoría. (…)

… de los hechos jurídicamente relevantes consignados en el libelo acusatorio se extrae, sin hesitación alguna, que nos encontramos en presencia de una típica coautoría impropia, en virtud de la cual, según lo aducido por la Fiscalía, los procesados integraban una empresa criminal que tenía como deleznable propósito el de esquilmar patrimonialmente al municipio de Dosquebradas mediante la adjudicación de contratos que no cumplían con los requisitos de ley…

Por lo tanto, al estar en presencia de un evento de coautoría impropia, en la que como ya se dijo, acorde con el principio de la imputación recíproca, todos los coautores deben responder de manera integral por el ilícito acordado por ellos, para la Sala no existe duda alguna que cuando, como consecuencia de la comisión del delito, los coautores hayan obtenido un incremento patrimonial, es obvio que sí alguno de Ellos quiere preacordar, para que ello sea factible tiene la obligación de restituir el 50% de la totalidad del incremento percibido como consecuencia de la comisión del delito.

Lo anterior nos estaría indicando que no es factible una restitución prorrateada o parcelada acorde con lo que el sujeto agente haya recibido de manera individual como consecuencia del reparto del botín; e igualmente tampoco tiene relevancia alguna el hecho consistente en que el procesado interesado en preacordar no haya percibido incremento patrimonial alguno…

A lo anterior, se hace necesario aunar que ni la Fiscalía ni la Defensa nada dijeron sobre cómo los procesados iban a reintegrar el saldo del 50% restante, o la manera de cómo garantizarían el reintegro de esos dineros, lo cual, como bien lo adujo el Juzgado de primer nivel, secundado por la representante del Ministerio Público, acorde con lo reglado en el artículo 349 C.P.P. se erige como uno de los requisitos de procedibilidad que necesariamente deben cumplirse para la procedencia de la aprobación de un preacuerdo.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

Magistrado Ponente:

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**AUTO INTERLOCUTORIO DE 2ª INSTANCIA**

Pereira, dieciocho (18) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Aprobado por acta No. 085

Hora: 3:30 p.m.

Procesados: MAP, JOBP y otros

Radicado: 60 00 000 2019 000964 01

Delitos: Peculado por apropiación; Concierto para delinquir y otros

Procedencia: Juzgado 1º Penal del Circuito Especializado de Pereira

Asunto: Resuelve alzada interpuesta por la Fiscalía y la Defensa en contra de providencia interlocutoria que improbó un preacuerdo

Tema: Controles por parte de la Judicatura al momento de verificar la aprobación de un preacuerdo por el no cumplimiento del requisito del reintegro.

Decisión: Confirma auto confutado

**ASUNTO:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a resolver los recursos de alzada interpuestos tanto por la Fiscalía como por la Defensa de los procesados**MAP y JOBP** en contra del auto interlocutorio proferido el 30 de marzo del 2.020 por parte del Juzgado 1º Penal del Circuito Especializado de esta localidad, mediante cual se improbó un preacuerdo pactado entre la Fiscalía y la Defensa dentro del devenir del proceso que se surte en contra de los antes enunciados procesados, quienes fueron acusados de incurrir en la presunta comisión de los delitos de peculado por apropiación; falsedad ideológica en documento público; concierto para delinquir agravado y contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales.

**ANTECEDENTES:**

Acorde con lo expuesto por la Fiscalía en el devenir del proceso, se tiene que los hechos jurídicamente relevantes ocurrieron en el municipio de Dosquebradas durante los años 2.016, 2.017 y 2.018, periodo en el que fungía como burgomaestre de dicho municipio el ciudadano FERNANDO MUÑOZ, de quien se dice que supuestamente se concertó con varios funcionarios de la administración municipal, entre ellos los Secretarios de Planeación, de Gobierno y de Desarrollo Agropecuario y Ambiental, así como con algunos profesionales universitarios que laboraban en esas dependencias, para crear una empresa criminal que tenía como deleznable propósito el de defraudar patrimonialmente las arcas del municipio de Dosquebradas mediante es el esquema de la celebración de una serie de contratos de dudosa legalidad que no cumplían con los requisitos de ley, sumado a que contrariaban los principios rectores de la contratación y de la función pública, los cuales de manera ilícita y amañada le fueron asignados a unas entidades sin ánimo de lucro, las que en verdad eran fundaciones de papel, mediante el esquema de los convenios de asociación.

Como consecuencia de la actividad desplegada por esa empresa criminal, la Fiscalía aseveró que el municipio de Dosquebradas sufrió un detrimento patrimonial que asciende a $1.039.956.664.

En lo que tiene que ver con el punto que le interesa a la Colegiatura para efectos de desatar los recursos de apelación, la Fiscalía expuso que los Sres. JOBP y MAP, en sus respectivas calidades de Secretario de Planeación y profesional Universitario de la Secretaría de Planeación, participaron en el trámite contractual del amangualado Convenio de Asociación # 517 del 11 de abril de 2.016 suscrito entre el municipio de Dosquebradas y la Cooperativa Multiactiva de Recicladores del Eje Cafetero y Norte del Valle (Cooren), representada legalmente por la Sra. RITA INÉS VELÁSQUEZ CIFUENTES, el cual dizque tenía como objeto el de *aunar esfuerzos en actividades relacionadas con la intervención ambiental, integral urbano y rural del manejo, para el aprovechamiento y la disposición final de residuos especiales*. Dicho convenio se signó por un valor de $ 456.100.750 de los cuales $350.000.000 los aportaba el municipio y $106.100.750 le correspondían ser aportados por la Cooperativa en un término de ocho meses y veinte días a partir del acta de iniciación del contrato, la que fue firmada el 14 de abril de 2.016.

Adujo la Fiscalía que los procesados JOBP y MAP participaron en todas las etapas contractuales relacionadas con la asignación del Convenio de Asociación # 517 del 2.016 a la Cooperativa “Cooren” mediante el esquema de la contratación directa, pese a que no se cumplían con los requisitos relacionados con la cuantía para la procedencia de esa modalidad de contratación. Además, la entidad contratista, que era una fundación de papel, para procurar la adjudicación del contrato, con la anuencia de los procesados, presentó una serie de documentos falsos, entre ellos certificaciones de experiencia e idoneidad. Asimismo, era evidente que esa cooperativa carecía de la capacidad económica para cumplir con el abono de los aportes que le correspondía efectuar, sumado a que no ejecutó el contrato, e igualmente en lo que tenía que ver con el cumplimiento de la obligación contractual relacionada con la disposición final de residuos sólidos especiales por el valor de $82.500.000, sin que existiera autorización del municipio, de manera unilateral procedió a subcontratar dicha actividad con la empresa “Acuaseo”, la cual facturó la suma de $11.942.272.

En síntesis, la Fiscalía adujo que los procesados, con sus comportamientos permitieron, en lo que atañe con las irregularidades acaecidas en la adjudicación del Convenio de Asociación # 517 del 2.016, que terceras personas se apropiaran de la suma de $260.748.000.

**SINOPSIS DE LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. En audiencia preliminar celebrada ante el Juzgado 6º Penal Municipal de Pereira, con Funciones de Control de Garantías, la Fiscalía les endilgó cargos a los procesados por incurrir en la presunta comisión de los delitos de peculado por apropiación; falsedad ideológica en documento público; concierto para delinquir agravado y contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales. De igual manera, en esas vistas públicas a los procesados se les definió la situación jurídica con la medida de aseguramiento de detención preventiva.
2. La providencia mediante la cual a los procesados se les definió la situación jurídica con la medida de aseguramiento de detención preventiva fue objeto de un recurso de apelación interpuesto por la Defensa, recurso este que fue desatado el 13 de diciembre de 2.018 por parte del Juzgado 2º Penal del Circuito de Pereira, quien decidió confirmar la providencia confutada.
3. Una vez presentado en su debida oportunidad el escrito de acusación, el conocimiento del proceso le correspondió al Juzgado 1º Penal Especializado del Circuito de esta localidad, ante el cual el 9 de abril de 2.019 se dio inicio a la audiencia de formulación de la iacusación.
4. Como quiera que la Fiscalía y la Defensa de los procesados MAP y JOBP, le hicieron saber al Juzgado Cognoscente que habían pactado un preacuerdo el cual consistía en los siguientes términos: Los procesados se declaraban penalmente responsables de los cargos endilgados en su contra a cambio de que la Fiscalía mutara a cómplice el grado de participación de los encausados en la comisión de los delitos por los cuales fueron llamados a juicio. De igual manera en dicho preacuerdo se tasaron las penas que le correspondían purgar a los procesados de la siguiente manera:
* Para MAP se acordó una pena de 83 meses de prisión, el pago de una multa de 283,6 SMLMV y una inhabilitación para el ejercicio de derechos y función públicas, la que acorde con el artículo 122 de la Constitución Política debería ser intemporal, para lo que se siguieron los siguientes criterios: I. Se tomó como delito base el de peculado por apropiación, para el cual se acordó una pena de 144 meses de prisión, reducida a la mitad, o sea a 72 meses, como consecuencia del reconocimiento de la calidad de cómplice del procesado; II. Como delitos acompañantes se tuvieron los de: 1) Falsedad en documentos, y como quiera que al procesado se le enrostraron 9 episodios falsarios, las penas por cada uno de ellos se tasaron en un mes, equivalente el incremento a 9 meses; 2) Concierto para delinquir, el cual se tasó en 2 meses.
* Para JOBP se acordó una pena de 82 meses de prisión, el pago de una multa de 283,6 SMLMV y una inhabilitación intemporal para el ejercicio de derechos y función públicas, para lo que se siguieron los siguientes criterios: I. Se tomó como delito base el de peculado por apropiación, para el cual se acordó una pena de 144 meses de prisión, reducida a la mitad, o sea a 72 meses, como consecuencia del reconocimiento de la calidad de cómplice del procesado; II. Como delitos acompañantes se tuvieron los de: 1) Falsedad ideológica, el que se tasó la pena de un mes; 2) Contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, la pena se taso en 8 meses; 3) Concierto para delinquir, el que se tasó la pena de un mes.
1. En lo que tenía que ver con el cumplimiento del requisito del reintegro, la Fiscalía adujo que los procesados habían cumplido con ese requisito, al reintegrar cada uno de ellos la suma de $52.149.600 correspondiente el 50% de los dineros defraudados por los acusados al municipio de Dosquebradas. Para tasar el monto de los dineros que a los procesados les tocaría reintegrar, la Fiscalía expuso que se debía tener en cuenta que el monto de la defraudación ascendía a $260 millones de pesos, y como quiera que en la comisión del delito participaron cinco personas, para determinar cuánto se apropió cada uno de ellos, se debería dividir esa suma entre cinco, lo que arrojaría un *quantum* de $52.149.600 que equivaldría a la cantidad de dinero apropiada por cada uno de los implicados.
2. El Juzgado *A quo* luego de escuchar a los demás intervinientes, mediante audiencia celebrada el 30 de marzo del 2.020 decidió improbar el preacuerdo pactado entre la Fiscalía y la Defensa. En contra de la decisión que improbó el preacuerdo, de manera oportuna se alzaron tanto la Fiscalía como la Defensa de los procesados **MAP** y **JOBP**.
3. En sede de sede de 2ª instancia el conocimiento de los recursos de apelación le fue asignado al Despacho número 3 de la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial. Pero como quiera que en el mes de octubre del año 2.020 tuvo lugar un cambio del titular de ese Despacho, la nueva magistrada que fue designada, el 9 de noviembre del 2.020, decidió declararse impedida por haber fungido en 2ª instancia como Juez de Control de Garantías. Dicha declaratoria de impedimento fue aceptada por sus homólogos mediante auto del 19 de noviembre del 2.020, lo que implicó que el conocimiento de la actuación, en calidad de ponente, le fuera asignado al Despacho número 1 de la Sala Penal de Decisión.

**EL AUTO OPUGNADO:**

Como ya se dijo, se trata de la providencia interlocutoria proferida el 30 de marzo del 2.020 por parte del Juzgado 1º Penal Especializado del Circuito de esta localidad, mediante la cual se decidió improbar un preacuerdo pactado entre la Fiscalía y la Defensa de los procesados MAP y JOBP.

Los argumentos aducidos por el Juzgado de primer nivel para no imprimirle aprobación al preacuerdo signado entre la Fiscalía y la Defensa, básicamente consistieron en argüir que no se había cumplido con el requisito del reintegro exigido por el artículo 349 C.P.P. como condición de procedibilidad para la aprobación del preacuerdo, por cuanto acorde con los hechos jurídicamente relevantes consignado en la acusación, a los procesados se les endilgaron cargos en calidad de coautores del delito de peculado por apropiación, por cuanto incurrieron en una serie de conductas tendientes a que terceras personas se apropiaran de la suma de $260.748.000, la que correspondería al incremento patrimonial percibido como consecuencia de la comisión del delito de peculado.

Acorde con lo anterior, para que se cumpliera con el requisito del reintegro, era necesario que los procesados restituyeran el valor del 50% de los dineros apropiados, lo que en el presente asunto equivaldría a $130.374.000, lo cual no sucedió porque los procesados solamente abonaron la suma de $104.299.200, a lo que se le debería aunar que de igual manera no aseguraron el pago del remanente.

Para poder llegar a la anterior conclusión, el Juzgado de primer nivel expuso que el artículo 349 C.P.P. no discriminaba para ningún caso que tratándose de coparticipación criminal el valor del incremento patrimonial fruto del delito para efectos del preacuerdo debe ser devuelto en la proporción que corresponda según el número de participantes o procesados. Aceptar la argumentación de la Fiscalía implicaría la asunción de dos posiciones contrarias a dos principios del derecho penal: en primer lugar, se desconocería la presunción de inocencia de aquellos procesados que no aceptan su responsabilidad y deciden debatirla a través del adelantamiento del proceso ordinario del juicio oral la misma. De igual manera, se desconocerían los derechos de las víctimas al permitir la terminación anticipada del proceso sin dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 349 C.P.P. pudiendo ocurrir que de no ser vencidos en juicio los restantes tres acusados, resulte imposible la recuperación del dinero ilícitamente apropiado en detrimento del erario público.

De otro lado, el Juzgado *A quo* adujo que tratándose de coparticipación criminal los procesados deben responder solidariamente por el incremento patrimonial fruto del delito, máxime cuando el tipo penal atribuido de peculado por apropiación se hizo en favor de un tercero, según lo relató la Fiscalía en la acusación, lo que quiere decir que cada uno de los procesados comprometidos con el preacuerdo deben reintegrar el 50% del incremento ilícito logrado, y como quiera que son dos los acusados que pretenden obtener los beneficios como consecuencia de los preacuerdos o negociaciones, entre ellos bastaría con que cumplieran con lo exigido en el artículo 349 del C.P.P. esto es reintegrando el 50% del valor apropiado.

**LAS ALZADAS:**

**- El recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía:**

El recurrente expuso, como motivo de su inconformidad, el consistente en que en el presente asunto se cumplian con los requisitos exigidos por el artículo 349 C.P.P. para la procedencia de la aprobación del preacuerdo, pero que pese a ello el Juzgado de primer nivel no tuvo en cuenta que la Fiscalía le endilgó cargos a los procesados por incurrir en la presunta comisión del delito de peculado por apropiación en beneficio de terceros, lo cual quería decir que los acusados no percibieron ningún tipo de incremento patrimonial como consecuencia de la comisión del delito de marras, ya que Ellos no se apropiaron de los recursos establecidos en el convenio # 517. Tal situación incidió para que la Fiscalía haya decidido prorratear de la forma como lo hizo la suma de dinero que a cada uno de los procesados le correspondería restituir para así cumplir con el requisito del reintegro exigido por el artículo 349 C.P.P.

De igual manera, el apelante expuso que con la decisión confutada el Juzgado de primer nivel ignoró los criterios trazados por la Corte Constitucional en la sentencia # 059 del 2.010 respecto de los requisitos que la Fiscalía debía verificar para establecer sí en el escenario de los preacuerdos una persona ha percibido o no un incremento patrimonial injustificado con la comisión del delito. En tal sentido, la Corte Constitucional adujo que para que proceda el reintegro era necesario que se haya demostrado o verificado que en efecto el procesado obtuvo un incremento patrimonial producto de la comisión del ilícito, lo cual no tuvo lugar en el caso *subexamine* porque la Fiscalía no ha demostrado que los procesados obtuvieran un incremento patrimonial producto del delito, razón por la que a los acriminados se le endilgaron cargos por el delito de peculado por apropiación en favor de terceros.

Pese a que los procesados no obtuvieron ningún tipo de beneficio patrimonial con la comisión del delito, no se podía menospreciar que ellos decidieron reintegrar la suma $102.000.000 con el fin de aprestigiar la justicia, el cual es uno de los tópicos que deben ser tenidos en cuenta al momento de la aprobación de un preacuerdo.

Acorde con lo anterior, la Fiscalía solicitó la revocatoria del auto opugnada porque el Juzgado *A quo* con la decisión confutada no tuvo en cuenta la verdadera finalidad del artículo 349 C.P.P. la cual exige que el reintegro se debe dar es por parte de las personas que han incrementado de manera ilícita su patrimonio, lo que no sucedió en el presente asunto por parte de los procesados, ya que la Fiscalía no ha podido verificar que Ellos hayan incrementado ilícitamente su patrimonio como consecuencia de lo acontecido en la adjudicación del convenio # 517.

**- El recurso de apelación interpuesto por la Defensa del procesado JOBP.**

El recurrente se acogió a los argumentos jurídicos propuestos por la Fiscalía, y en tal sentido adujo que a su ahijado judicial se le endilgaron cargos por el delito de peculado por apropiación en favor de terceros, y que por ende no tuvo lugar un incremento patrimonial en favor de su persona.

Pese a lo anterior, los procesados, a fin de colaborar con la administración de justicia, hicieron un gran esfuerzo económico para reintegrar una suma de dinero y de esa forma poder acceder a un beneficio procesal, y para ello llegaron a un acuerdo con la Fiscalía, la que para establecer cuál sería el monto del 50% a reintegrar acudió a una ecuación mediante la cual se distribuía equitativamente la responsabilidad económica de cada uno de los procesados.

Ante lo anterior, el apelante expuso que la decisión de primer grado afectaba la verdadera posibilidad de que se reintegre el dinero, y adicionalmente resulta afectando a las personas que han tenido una postura frente al proceso de colaboración, en términos de no oponerse a la Fiscalía en no tener que demostrar la ausencia de su compromiso penal, ya que han aceptado su responsabilidad en la conducta punible y han hecho los reintegros pertinentes a los que acordaron con la Fiscalía.

**- El recurso de apelación interpuesto por la Defensa del procesado MAP.**

Manifestó no compartir la postura adoptada por el Juzgado de primer nivel, por lo siguiente:

* Los preacuerdos celebrados entre la Fiscalía y la Defensa obligan al Juez de Conocimiento para su aprobación a menos que se quebranten garantías fundamentales frente a su legalidad que conlleven a su improbación. Pero en el presente caso lo que sucedió fue que con la decisión de improbar el preacuerdo al darle un sentido errado a lo reglado en el artículo 349 C.P.P. frente al fenómeno del reintegro, se le vulneraron garantías fundamentales a los procesados, quienes pese a que no obtuvieron ningún incremento patrimonial como consecuencia de la comisión del delito de peculado, ya que los favorecidos fueron otras personas, hicieron ingentes esfuerzos para conseguir los dineros acordados de buena fe con la Fiscalía, para de esa forma poder acceder a un mecanismo en el que se le resuelva lo más prontamente posible su situación jurídica.
* Le asiste razón a lo expresado por la Fiscalía, porque al momento de la imputación y de la acusación, a los procesados se les endilgaron cargos por el delito de peculado por apropiación en favor de terceros porque no estaba acreditado que los procesados hubieran obtenido un incremento patrimonial generado por la comisión del delito. Por tanto, se debe analizar en consonancia con el contenido del artículo 349 C.P.P. el que hace alusión a que la obligación de reintegrar ese 50% se les atribuye a aquellos sujetos activos que se hubiesen favorecido patrimonialmente, lo que en este caso no aplica, ya que la Fiscalía no aportó prueba alguna frente a eso porque no hubo un incremento al patrimonio de los acusados.
* De igual manera, se debería tener en cuenta que cuando se socializó el preacuerdo, ni el representante del Ministerio Público ni los apoderados de las víctimas se opusieron al mismo ya que guardaron silencio, y por ende tal mutismo era indicativo de que estuvieron de acuerdo con el mismo.

**LAS RÉPLICAS:**

**- El representante del Ministerio Público.**

Solicitó que se confirme la decisión opugnada, la que se basó en dos puntos concretos: I. El reintegro que no sumaba el 50% de lo apropiado; II. No se aseguró el reintegro del 50% restante.

De igual manera discrepó de lo dicho por la Fiscalía y la Defensa frente al prorrateo del monto que sería objeto del reintegro, porque se debía tener en cuenta que se estaba en presencia de un caso de coparticipación o coautoría por lo que no es procedente ese tipo de división, y por ende el reintegro del 50% es frente al incremento patrimonial, porque al tratarse de un delito de peculado por apropiación en beneficio de terceros, es claro que ello se hace para favorecer al resto de implicados.

Asimismo, expuso que no se podía ignorar que en el preacuerdo tampoco se habló de asegurar el pago del 50% del restante, por lo que sí los procesados querían acceder a los beneficios del preacuerdo se debió haber asegurado ese reintegro del 50% restante.

**- Los apoderados de las víctimas**.

* **El Secretario Jurídico del Municipio de Dosquebradas**, compartió la decisión de primera instancia porque acorde con los artículos 348 y 349 del C.P.P. es requisito *sine qua non* que los sujetos procesales reintegren siquiera el 50% de lo apoderado de la suma ilícita, lo que no sucedió aquí porque los procesados quisieron prorratear la suma de $268.748.000 de manera proporcional acorde con el número de personas implicadas en los hechos que son cinco, lo que ha conllevado que solo reintegren dos partes de esos cinco, pero lo reintegrado por esas dos partes, que corresponde a $108.300.000, no da la suma adeudada en un porcentaje de un 50% que serían $130.748.000.
* **La representante de la Contraloría Municipal de Dosquebradas**, solicitó que se mantenga la decisión adoptada por la primera instancia, porque fue adecuada la sustentación jurídica que hizo la *A quo*. Reiteró que efectivamente no hay norma que indique que en la coautoría se deba hacer una división a prorrata, debiendo por el contrario primar la solidaridad, así mismo no puede presumirse la culpabilidad de los restantes procesados, con base en eso, consideró ajustada a derecho la decisión de la *A quo* respecto al análisis que le hizo al artículo 349 del C.P.P.

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**- Competencia:**

Esta Sala de Decisión, acorde con lo consagrado en el numeral 1º del artículo 34 del C.P.P. es la competente para resolver la presente alzada, en atención a que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto en contra de un auto proferido en primera instancia por un Juzgado Penal del Circuito que hace parte de este Distrito judicial.

**- Problema Jurídico:**

De la sustentación del recurso de alzada y de lo dicho por los no recurrentes, a juicio de la Sala se desprende el siguiente problema jurídico:

¿En los eventos de coautoría, a fin que se cumplan con las exigencias del artículo 349 C.P.P. para la aprobación de un preacuerdo, es factible que aquellos Procesados que con la comisión de un delito hayan o no obtenido un incremento patrimonial, para obtener la aprobación de un preacuerdo, deben reintegrar el 50% del valor equivalente al incremento patrimonial percibido, o sí por el contrario dicho valor puede ser prorrateado entre todos Ellos?

**- Solución:**

Teniendo en cuenta que la controversia surgida en el presente asunto gira en torno a determinar sí cuando varias personas, en calidad de coautores, cometen un delito que les generó un incremento patrimonial, en caso que alguno o algunos de ellos decidan someterse a la modalidad de la terminación anticipada de los procesos vía preacuerdo, para la procedencia de la aprobación del preacuerdo, acorde con las exigencias del artículo 349 C.P.P. deben restituir de manera integral el 50% del valor equivalente al incremento patrimonial obtenido, o si por el contrario dichas personas solo deben restituir una suma que a prorrata sea el equivalente al incremento patrimonial que de manera individual obtuvo con la comisión del delito.

Es de resaltar que en la anterior controversia, el Juzgado de primer nivel, secundado por el representante del Ministerio Público y los Apoderados de la Víctimas, son de la opinión consistente en que en escenarios relacionados con la coautoría, para cumplir las exigencias del artículo 349 C.P.P. quien o quienes preacuerdan deben reintegrar el 50% del valor equivalente al incremento patrimonial obtenido por todos los coautores, y por ende la suma a reintegrar no se debe tasar a prorrata según el número de personas que intervinieron en la comisión del ilícito. Mientras que los recurrentes al unísono comulgan con la tesis consistente en que a fin de que se cumplan los presupuestos de la justicia consensuada, es factible que los procesados restituyan una suma a prorrata equivalente al 50% acorde con lo que pudieron percibir cada una de las personas que intervinieron en la comisión del delito luego de la repartija del botín. A lo que se le debe sumar que según los recurrentes, en el presente asunto los procesados MAP y JOBP no obtuvieron ningún tipo de beneficio patrimonial como consecuencia de la comisión del delito de peculado, razón por la que los cargos endilgados en su contra estaban relacionados con incurrir en la presunta comisión del delito de peculado por apropiación en beneficio de terceros, y por lo tanto, para la aprobación del preacuerdo no era necesario que se tuviera en cuenta las exigencias requeridas por el aludido artículo 349 C.P.P.

Para poder resolver el problema jurídico puesto a nuestra consideración, la Sala inicialmente tendrá como premisa la consistente en que en efecto a los procesados MAP y JOBP se le enrostraron cargos por incurrir como coautores en la presunta comisión del delito de peculado por apropiación, tipificado en el artículo 397 C.P. por cuanto, acorde con las premisas fácticas aducidas por la Fiscalía, los aludidos encausados con su accionar permitieron y patrocinaron que un tercero se apropiara, de manera indebida, de la suma $260.748.000, producto de las erogaciones efectuadas en el Convenio # 517 de 2.016 suscrito entre el municipio de Dosquebradas y la cooperativa *“Cooren”*.

Estando claro que algunos de los cargos endilgados a los procesados lo fueron por incurrir como coautores en la presunta comisión del delito de peculado por apropiación, sumado a la controversia planteada a la Sala, considera la Colegiatura que frente a dicho entuerto no le asiste la razón a los reproches formulados por los apelantes en contra del auto opugnado, porque el fenómeno del reintegro consagrado en el artículo 349 C.P.P. como requisito de procedibilidad para la aprobación de un preacuerdo, cuando en la comisión de un delito, que por su naturaleza implica un incremento patrimonial, intervienen varias personas, debe ser analizado a la luz de las disposiciones consagradas en el inciso 2º del articulo 29 C.P. que regula el fenómeno de la coautoría.

Como bien se sabe la coautoría es un dispositivo amplificador del tipo en virtud del cual se regulan las hipótesis relacionadas con la mancomunada participación o intervención de varias personas en la comisión de un delito.

La coautoría se puede presentar en dos modalidades que han sido denominadas, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, como propia e impropia.

Según la doctrina:

“Hay coautoría *propia* cuando cada uno de los coparticipes realiza integral y simultáneamente la misma conducta acordada por ellos; en tal caso, como dice SOLER, cualquiera de ellos sigue siendo autor aunque se suprima la conducta de los otros; esta situación se daría, por ejemplo, cuando Pedro, Juan y Diego, matan a José de sendos disparos de revolver.

Hay coautoría *impropia* cuando un mismo hecho punible es realizado comunitariamente y con división de trabajo por varias personas que lo asumen como suyo. (:::) Tal situación se ocurriría cuando Pedro, Juan y Diego deciden robar un almacén y lo hacen de tal manera que el primero distrae al vigilante, el segundo rompe las cerraduras de las puertas y el tercero se apodera de la mercancía con las que huyen en un vehículo manejado por cualquiera de ellos…”[[1]](#footnote-1).

La diferencia fundamental habida entre esas dos modalidades de coautoría radica en que:

“Por un lado, en la coautoría propia aún es predicable el principio de necesidad, propio de las teorías de la participación de corte objetivo-material, según la cual es autor (o, en el evento de una pluralidad de sujetos agentes, coautor) quien realiza una aportación imprescindible y causal al resultado típico, sin la que éste jamás se hubiera podido concretar.

En la coautoría impropia o funcional, por el contrario, lo que impera es el principio de la imputación recíproca, ya referido por la Corte en anteriores providencias, de acuerdo con el cual «(...) **cuando existe una resolución común al hecho, lo que haga cada uno de los coautores es extensible a todos los demás**, sin perjuicio de que las otras contribuciones individualmente consideradas sean o no por sí solas constitutivas de delito» …”[[2]](#footnote-2).

Al aplicar lo anterior al caso en estudio, vemos que de los hechos jurídicamente relevantes consignados en el libelo acusatorio se extrae, sin hesitación alguna, que nos encontramos en presencia de una típica coautoría impropia, en virtud de la cual, según lo aducido por la Fiscalía, los procesados integraban una empresa criminal que tenía como deleznable propósito el de esquilmar patrimonialmente al municipio de Dosquebradas mediante la adjudicación de contratos que no cumplían con los requisitos de ley, los que de contera no se iban a ejecutar, a entidades de papel, y en tal sentido, se confabularon, mediante el mecanismo de la división de trabajo, para lograr sus fines criminales porque, según aduce la Fiscalía en la acusación, uno de los acusados intervino en la fase precontractual para justificar falazmente el objeto del convenio y el por qué se debía contratar con una cooperativa que aportó documentos falsos con el propósito de acreditar su experiencia e idoneidad, y así lograr la adjudicación del contrato a la cooperativa *“Cooren*” mediante el esquema de la contratación directa, pese a que no se cumplian con los requisitos para esa modalidad de contratación. Mientras que el otro procesado, quien intervino en la fase contractual, expidió unas certificaciones falsas sobre la ejecución del contrato y la calificación dada a la entidad contratante, lo que en últimas permitió que terceras personas se apropiaran de la suma de $260.748.000.

Por lo tanto, al estar en presencia de un evento de coautoría impropia, en la que como ya se dijo, acorde con el principio de la imputación recíproca, todos los coautores deben responder de manera integral por el ilícito acordado por ellos, para la Sala no existe duda alguna que cuando, como consecuencia de la comisión del delito, los coautores hayan obtenido un incremento patrimonial, es obvio que sí alguno de Ellos quiere preacordar, para que ello sea factible tiene la obligación de restituir el 50% de la totalidad del incremento percibido como consecuencia de la comisión del delito.

Lo anterior nos estaría indicando que no es factible una restitución prorrateada o parcelada acorde con lo que el sujeto agente haya recibido de manera individual como consecuencia del reparto del botín; e igualmente tampoco tiene relevancia alguna el hecho consistente en que el procesado interesado en preacordar no haya percibido incremento patrimonial alguno, porque, nuevamente se reitera, como consecuencia del principio de la imputación recíproca, ese procesado debe responder por la conducta delictiva perpetrada en asocio con sus demás compañeros de causa, lo que implica, que en el escenario del reintegro se torna indiferente sí de manera individual obtuvo o no algún tipo de incremento patrimonial generado por la comisión del delito.

Acorde con lo dicho en los párrafos precedentes, para la Sala no existe duda alguna que para la procedencia de la aprobación del preacuerdo signado entre la Fiscalía y la Defensa de los encausados MAP y JOBP, era necesario que ellos reintegraran, no la suma de $104.299.200[[3]](#footnote-3), sino la de $130.374.000 correspondiente al 50% del incremento patrimonial de $260.748.000, del que se dice que los procesados o terceras obtuvieron como consecuencia del plan criminal que fraguaron para defraudar patrimonialmente al municipio de Dosquebradas.

A lo anterior, se hace necesario aunar que ni la Fiscalía ni la Defensa nada dijeron sobre cómo los procesados iban a reintegrar el saldo del 50% restante, o la manera de cómo garantizarían el reintegro de esos dineros, lo cual, como bien lo adujo el Juzgado de primer nivel, secundado por la representante del Ministerio Público, acorde con lo reglado en el artículo 349 C.P.P. se erige como uno de los requisitos de procedibilidad que necesariamente deben cumplirse para la procedencia de la aprobación de un preacuerdo.

Lo antes dicho es suficiente para concluir que no le asiste la razón a la tesis de la discrepancia propuesta por los recurrentes, y que contrario a lo reclamado por ellos el Juzgado de primer nivel estuvo atinado cuando decidió improbar el preacuerdo suscrito entre la Fiscalía y la Defensa de los procesados MAP y JOBP.

Por otra parte, se podría decir que como quiera que la decisión del Juzgado *A quo* estuvo únicamente circunscrita en improbar el preacuerdo en lo que tenia que ver con el delito de peculado por apropiación, y como quiera que el espectro del preacuerdo también comprendía los delitos de falsedad ideológica en documento público; concierto para delinquir agravado y contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, ello implicaría que podría tener lugar el escenario de la aprobación parcial del preacuerdo respecto de los aludidos delitos, los que por su naturaleza no conllevan un incremento patrimonial en las personas que se encuentren implicadas en su comisión.

Frente a lo anterior, la Sala dirá que de igual forma existían plausibles razones que incidían para que de manera parcial no se aprobara el preacuerdo, por cuanto lo preacordado debe encontrarse acorde con las premisas fácticas plasmadas tanto en la formulación de la imputación como en la acusación, o que exista una base fáctica que lo soporte.

En tal sentido la Corte ha dicho:

“A la luz de lo expuesto por la Corte Constitucional en la referida sentencia de unificación, que retoma con amplitud lo decidido por esa misma Corporación en la sentencia C-1260 de 2005, este tipo de acuerdos no son posibles, porque el fiscal debe introducir la calificación jurídica que corresponda a los hechos jurídicamente relevantes.

(:::)

En este orden de ideas, a la pregunta de si los fiscales, en el ámbito de los preacuerdos, están habilitados para conceder beneficios sin límite a los procesados a través de la modalidad de cambio de calificación jurídica sin base fáctica, la respuesta es negativa…”[[4]](#footnote-4).

Al transpolar lo antes expuesto al caso en estudio se tiene que lo preacordado carecía de una base fáctica que lo sustente, sí nos atenemos a lo siguiente:

* En el delito de concierto para delinquir no era factible que a los procesados se le degradara a cómplice su grado de participación, lo cual sería un sinsentido jurídico que desnaturalizaría la estructura jurídica del delito de marras, sí partimos de la base consistente que para la adecuación típica del delito de concierto para delinquir se torna necesario que se cumplan los siguientes requisitos: 1) La intervención o participación de un número plural de personas en la comisión del delito; 2) Que entre los intervinientes exista un convenio o un acuerdo de voluntades que de origen a una especie de asociación criminal de vigencia temporal indefinida; 3) Que el convenio o el acuerdo de voluntades tenga como finalidad la comisión indeterminada de delitos. Pero en aquellos casos en que el convenio o el concierto sea para la comisión de una modalidad delictiva específica o especial, estas también deben ser de carácter genérico e indeterminado; 4) Que el objetivo común de la asociación criminal no esté determinado y limitado en el tiempo.

De lo antes expuesto, se tiene que: a) El delito de concierto para delinquir en lo que atañe con el elemento del sujeto activo, es un delito plurisubjetivo, el que se caracteriza porque «el tipo exige la concurrencia de varias personas, bien concurriendo uniformemente para la consecución del mismo objeto, como sucede con los *delitos de convergencia* (asociación ilegal, rebelión); bien autónomamente como partes de una misma relación delictiva, como en los *delitos de encuentro* (el cohecho, en el que interviene el funcionario y la persona que lo soborna)…»[[5]](#footnote-5); b) Entre las personas que participan en el reato, debe existir un acuerdo de voluntades que tenga como finalidad la comisión indeterminada de conductas punibles.

Por lo tanto, sí en el delito de concierto para delinquir concurren varias personas las cuales acordaron sus voluntades para la consecución de un mismo propósito ilícito, es claro que quienes intervienen con tales fines lo hacen es en calidad de coautores ya que deben detentar un dominio funcional de los hechos, que en últimas sería el tener la capacidad de poder determinar ya sea cuándo o cómo se ha de llevar a cabo la asociación criminal y lo que se ha de acordar en ella.

Sí a lo anterior le aunamos que el cómplice no detenta el dominio funcional del hecho por cuanto lo único que hace es prestar una colaboración en la comisión de un delito ajeno, se puede concluir que quienes participan o hacen parte de la comisión del delito de concierto para delinquir, jamás de los jamases pueden detentar la condición o la calidad de cómplice sino solamente la de coautores.

* Al procesado JOBP, se le endilgaron cargos como presunto autor material del delito de falsedad ideológica en documento público, porque en sentir de la Fiscalía, actuando como Secretario de Planeación, expidió la Resolución # 013 de 2.016, en la que falazmente afirmó que la cooperativa *“Cooren”* contaba con el personal, equipos e infraestructura para ejecutar el Convenio.

A su vez al también procesado MAP, le fueron enrostrado cargos por incurrir, como autor material, del delito de falsedad ideológica en documento público, en concurso homogéneo-sucesivo, porque al actuar como supervisor de la ejecución del contrato, en nueve oportunidades diferentes suscribió unas actas en las que hacía constar que la cooperativa se encontraba al día en los pagos de seguridad social, sin ser eso cierto; e igualmente porque en el formato de evaluación de proveedores le otorgó a *“Cooren”* la máxima calificación, no obstante las irregularidades habidas en la ejecución del contrato.

Como se podrá observar de lo antes dicho, se tiene que de las premisas fácticas plasmadas en el libelo acusatorio, la Fiscalía expuso que los procesados debían ser considerados como presuntos autores de unos delitos de falsedad ideológica en documento público, los cuales de manera individual, independiente y en diferentes escenarios, supuestamente fueron perpetrados por los acriminados en el devenir del Convenio de Asociación # 517 del 11 de abril de 2.016.

Pese a lo anterior, vemos que la Fiscalía decidió degradar de autor a cómplice el grado de participación de los procesados en la comisión de los sendos delitos de falsedad ideológica en documento público que le fueron enrostrados, lo cual, a juicio de la Colegiatura no se encuentra en consonancia con las premisas fácticas de la acusación, de las que se extrae que en la comisión de los delitos de marras no intervino una pluralidad de sujetos agentes sino un único autor, por lo que se estaría en presencia de un delito unipersonal, en el que según la tesis de la Fiscalía, en su comisión solamente participó una única persona.

Tal situación incidiría para que no se pudiera degradar a cómplice la participación de los procesados en la comisión de los delitos en los que de manera individual y unipersonal fueron acusados, porque el dispositivo amplificador del tipo de la complicidad, consagrado en el artículo 30 C.P. solamente opera en los casos de coparticipación criminal, o sea en aquellos eventos en los cuales en la comisión de una conducta punible intervienen dos o más personas, razón por la que se ha dicho que la complicidad es accesoria de la autoría, ya que ella no puede existir sin la presencia de un autor, por lo que nadie puede ser cómplice de sí mismo[[6]](#footnote-6), pues es claro que en las hipótesis de los delitos unipersonales, o sea aquellos que han sido cometidos por una sola persona, sea un imposible jurídico que se presente el dispositivo de la complicidad, porque, se reitera nadie pude ser cómplice de sí mismo.

* La Sala, acorde con el contexto fáctico de la acusación, no puede desconocer que se está en presencia de un concurso de delitos, liados entre sí por el fenómeno de la conexidad, integrado por los reatos de peculado por apropiación; falsedad ideológica en documento público; concierto para delinquir agravado y contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales.

Por lo que como consecuencia de la presencia del fenómeno de la conexidad, el que tuvo lugar en la modalidad conocida por la doctrina como conexidad ideológica o teleológica, ya que unos delitos se perpetraron como medio para ejecutar otros, para la Sala no existe duda alguna que las máculas del delito de peculado por apropiación, que incidieron en la improbación del preacuerdo, como consecuencia de la relación de medio a fin habida entre todos esos injustos, debían hacerse extensivas hacia los demás delitos conexos.

En suma, mírese por donde sea, para la Sala existían suficientes plausibles razones jurídicas que de manera negativa incidían en la no aprobación del preacuerdo suscrito entre la Fiscalía y la Defensa de los procesados MAP y JOBP. Razón por la cual la Colegiatura se ratifica en su decisión de confirmar el proveído confutado.

Como anotación final se indicará que la notificación de la presente decisión no se realizará en audiencia de lectura de sentencia como lo establece la norma procesal penal, esto en atención a la situación de amenaza de contagio generada por la propagación del virus COVID-19, y siguiendo lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 4º del Acuerdo PCSJA20-11518 del 16 de marzo de 2020 y en la Circular CSJRIC20-75 expedida por el Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda, y en lo consignado en el Decreto 417 de 2.020, en el que declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional, ante la pandemia generada por el coronavirus; el Decreto 457 de 2.020 que fijó los parámetros de las normas del aislamiento obligatorio o cuarentena, y el Decreto 806 de 2.020, que reguló la forma como se deben notificar los fallos, y los posteriores decretos y acuerdos que ampliaron las normas en cita, se tiene que tales normas obligan a que la presente decisión se le deba notificar a las partes e interesados vía correo electrónico por intermedio de la Secretaría, medio por el cual, de ser procedente, podrán interponer los recursos de ley en las oportunidades pertinentes.

En mérito de todo lo antes expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de Pereira,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la providencia interlocutoria proferida el 30 de marzo del 2.020 por parte del Juzgado 1º Penal Especializado del Circuito de esta localidad, mediante la cual se decidió improbar un preacuerdo pactado entre la Fiscalía y la Defensa de los procesados **MAP y JOBP**.

**SEGUNDO: DISPONER** que en atención a la situación de amenaza de contagio generada por la propagación del virus COVID-19, y siguiendo lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 4º del Acuerdo PCSJA20-11518 del 16 de marzo de 2020 y en la Circular CSJRIC20-75 expedida por el Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda, y en lo consignado en el Decreto 417 de 2.020, en el que declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional, ante la pandemia generada por el coronavirus; el Decreto 457 de 2.020 que fijó los parámetros de las normas del aislamiento obligatorio o cuarentena, y el Decreto 806 de 2.020, que reguló la forma como se deben notificar los fallos, y los posteriores decretos y acuerdos que ampliaron las normas en cita, se tiene que tales normas obligan a que la presente decisión se le deba notificar a las partes e interesados vía correo electrónico por intermedio de la Secretaría, medio por el cual, de ser procedente, podrán interponer los recursos de ley en las oportunidades pertinentes.

**TERCERO: DECLARAR** que contra la presente decisión no procede recurso alguno, por ende, se **ORDENA** devolver el expediente al Despacho de origen para que se continúe con los trámites dentro de la causa penal.

**COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**Magistrado**

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

**Magistrado**

***Con declaratoria de impedimento***

**LUZ STELLA GUTIÉRREZ RAMÍREZ**

**Magistrada**

1. REYES ECHANDÍA, ALFONSO: La Tipicidad. Página # 174. 5ª Edición. 1.989. Editorial Temis. Bogotá D.C. [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 14 de octubre de 2009. Rad. # 26266. M.P. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA. (Negrillas fuera del texto). [↑](#footnote-ref-2)
3. Equivalente a la sumatoria de la suma de $52.149.600 aportada por cada uno de los procesados. [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 24 de junio de 2.020. Rad. # 52.227. M.P. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR. [↑](#footnote-ref-4)
5. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO / GARCÍA ARÁN, MERCEDES: Derecho Penal. Parte General. Pagina # 259, 8ª Edición. Ediciones Tirant Lo Blanch. Méjico D.F. 2.012. [↑](#footnote-ref-5)
6. Lo que popularmente, de manera jocosa, se le dice como ***“EL YO CON YO”*** [↑](#footnote-ref-6)