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: PECULADO POR APROPIACIÓN / SENTENCIA ANTICIPADA / REDOSIFICACIÓN DE LA PENA / IRRETRACTABILIDAD DEL ACUERDO / DESCUENTO POR INDEMNIZACIÓN PARCIAL / APLICA AUNQUE FORME PARTE DEL ACUERDO COMO REQUISITO PARA SU CELEBRACIÓN.**

… el principio de irretroactividad de lo preacordado, nos señala que una vez aprobado o avalado el preacuerdo por parte de la Judicatura, a las partes no le está permitido desconocer o desdecir de lo acordado. Situación que de tiempo atrás ha venido decantando la CSJ al decir:

“En efecto, legalizado el allanamiento o el acuerdo, bajo ninguna circunstancia es viable admitir la retractación de quien siendo capaz, de manera voluntaria y libre de cualquier apremio, admite su responsabilidad -con la asesoría de un defensor- y renuncia al axioma de no autoincriminación y, por ende, a gozar de un juicio público, concentrado y rodeado de las garantías de inmediación, contradicción e imparcialidad, a cambio de una rebaja sustancial de pena, pues ello no solo garantiza la seriedad de dicho acto jurídico sino que salvaguarda los postulados de igualdad de armas y lealtad procesal, habida cuenta que, desde ese preciso momento, la Fiscalía abandona su actividad investigativa para dedicar su esfuerzo a procurar que el proceso abreviado termine lo más pronto posible con sentencia condenatoria”. (…)

Con todo lo dicho hasta el momento, es claro que la A quo no fue quien de manera arbitraria o independiente estableció los parámetros para la tasación de la pena a imponer a los aquí Procesados, como lo insinuó el apelante en su libelo, sino que ella lo único que hizo fue impartirle legalidad a lo que acordaron las partes, entre ellos el señor LAMT y su abogado, quienes desde la fecha en que se firmó el preacuerdo, tenían claro que el delito del cual se partiría para establecer la pena serían el de Celebración de contratos sin el cumplimiento de requisitos legales y no el de Peculado por apropiación…

En lo que respecta al segundo problema planteado, es importante empezar por aclarar que efectivamente durante la presentación del preacuerdo, la Fiscalía informó que los procesados habían hecho la devolución del 50% de lo que se habían apropiado por los hechos aquí investigados, por cuanto sin ello habría sido imposible la celebración del preacuerdo, pues recuérdese que en delitos como el de Peculado por apropiación, es necesario que quien ha obtenido un aumento en su patrimonio reintegre “por lo menos, el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento percibido y se asegure el recaudo del remanente”, siendo entonces un requisito de procedibilidad para la aprobación del preacuerdo, sin que se pueda llegar a considerar que con ello se cierran las puertas para que esa devolución no sea tenida en cuenta al momento de tasar la pena, para conceder un descuento adicional, con base en lo establecido en el art. 401 del C.P. a pesar de que tal circunstancia no se haya pactado al momento del preacuerdo. Ello por cuanto, y en esto hay que decir que le asiste razón al apelante, la rebaja de pena por el reintegro de lo apropiado no es facultativa del juez, sino que es un derecho que adquiere el procesado al momento de hacer la restitución, independientemente de los motivos que lo indujeron a proceder en tal sentido.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

Aprobado por acta No. 169 del 20 de febrero de 2019. H: 3:15 p.m.

Pereira, febrero veintidós (22) de dos mil diecinueve (2019)

Hora: 8:42 a.m.

|  |  |
| --- | --- |
| Radicación: | 66001 60 00 000 2018 00109 01 |
| Delito: | Contrato sin cumplimiento de requisitos y otros |
| Acusado: | LAMT y CAMM  |
| Procede: | Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal  |
| Asunto: | Apelación de Sentencia  |
| Decisión: | Modifica sentencia.  |

**VISTOS:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a resolver el recurso de apelación que en forma oportuna fue interpuesto y sustentado por la Defensa del condenado **LAMT** en contra de la sentencia proferida el 23 de noviembre de 2018 por parte del Juzgado Penal del Circuito de Dosquebradas, por medio de la cual se declaró la responsabilidad penal de los Procesados por incurrir en la comisión de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en concurso con Peculado por apropiación y Falsedad ideológica en documento público.

**ANTECEDENTES:**

Los hechos objeto del presente proceso tuvieron fueron dados a conocer por un ciudadano quien denunció ante la Fiscalía General de la Nación que en el año 2008 cuando el señor LAMT fungía como Alcalde del municipio de Santa Rosa de Cabal y el señor CAMM ejercía el cargo de Secretario de Gobierno de esa municipalidad, firmaron dos contratos, sin el llenó de los requisitos legales, con el señor Henry Arias Mejía, dueño de un restaurante de esa localidad, los cuales tenían como objeto el suministro de unas raciones alimentarias a unos funcionarios de la Policía Nacional acantonados en el municipio de Santa Rosa de Cabal.

Con base en la anterior información, se logró establecer que efectivamente MT en su calidad de Alcalde de Santa Rosa de Cabal, suscribió los contratos 235 y 251 de 21 de octubre y el 5 de noviembre de 2008 respectivamente, el primero por valor de $12.800.000.oo y el segundo por $12.900.000.oo, ambos, como ya se dijo, tenían por objeto el suministro de raciones alimenticias para los nuevos Agentes de Policía asignados a esa municipalidad, en los dos contratos figuró como interventor el señor CARM. Estos contratos no se ejecutaron en realidad, pero a pesar de ello se presentaron las actas de inició y culminación del mismo, razón por la cual a quien fungía como contratista la Administración Municipal le desembolsó los dineros ya mencionados. Aunado a lo anterior, también se determinó que el señor Arias Mejía, para la época en que se firmaron los contratos había cerrado de manera definitiva su establecimiento comercial y no contaba con la capacidad logística para realizar el objeto contractual.

En consecuencia, el valor de lo apropiado por las personas acá involucradas ascendió a la suma total de $25.700.000.oo

**LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

* En las calendas del 22 de junio del 2017, ante el Juzgado Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Santa Rosa de Cabal, se llevaron a cabo las audiencias preliminares en las cuales a los tres indiciados se les enrostraron cargos por incurrir en la presunta comisión de los delitos de Contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales art. 410 del C.P., Peculado por apropiación art. 397 del C.P. y Falsedad ideológica en documento público art. 286 del C.P., cargos que no fueron aceptados por ninguno de los tres encartados; solo se pidió medida de aseguramiento en contra del señor Henry Arias Mejía.
* Una vez presentado el escrito de acusación, le correspondió el conocimiento del proceso al Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, quien inició la audiencia de formulación de acusación el 10 de abril de 2018 culminándose el 30 de julio del mismo año, fecha en la que el Ente Acusador reiteró los cargos en contra de los imputados precisando que a LAMT y CARM, quienes en consecuencia fueron acusados en calidad de coautores de un concurso homogéneo y heterogéneo en dos oportunidades de los delitos de Contrato sin cumplimiento de requisitos legales, Peculado por apropiación y Falsedad ideológica en documento público. Estos mismos delitos se le endilgaron al señor Henry Arias Mejía pero en calidad de interviniente.
* La audiencia preparatoria se tenía programada para el 10 de septiembre de 2018, sin embargo antes de que se diera inició a la misma, la Fiscalía indicó que había llegado a un preacuerdo con los señores MT y RM, razón por la cual y ante la inasistencia de la defensora de Arias Mejía, se mutó la diligencia a un estudio de preacuerdo consistente en que los ya mencionados, aceptarían los cargos que se les endilgaron, y a cambio la Fiscalía degradaría la participación de autores a cómplices, con lo cual obtendrían un descuento de hasta el 50% de la pena a imponer; para tales efectos el Ente Acusador, partiendo del delito que contempla la pena más alta, esto es el contrato sin el cumplimiento de requisitos legales, que establece una sanción de 64 a 216 meses, fijó la pena en el extremo mínimo, o sea 64 meses, la que con el descuento del 50% quedaría en 32 meses de prisión, la cual se le aumentaría así:
* Para AM respecto del primer contrato el incremento sería de 2 meses para cada uno de los restantes delitos, y en cuanto al segundo contrato, 2 meses por el otro delito de Contrato sin el cumplimiento sin requisitos legales, 2 meses por el Peculado por apropiación y 2 meses por la Falsedad en documento público. Esto para una pena definitiva de 42 meses.
* En cuanto a CARM,se le aumentarían frente al primer contrato 2 meses por el delito de peculado por apropiación, y 3 meses por el de falsedad en documento público. Sobre el segundo contrato serían 2 meses por el peculado por apropiación, 2 meses por el reato de Contrato sin el cumplimiento de requisitos legales y 3 meses para la Falsedad en documento público, de lo que se obtiene una pena definitiva de 44 meses de prisión.

Una vez fueron interrogadas las partes respecto a lo preacordado y habiendo indicado los Procesados su voluntad de aceptar los cargos con base en ese preacuerdo, el Despacho procedió a darle aprobación y dispuso la ruptura de la unidad procesal respecto del señor HENRY ARIAS MEJÍA. No se realizó la diligencia del artículo 447 del C.P.P., a solicitud de los defensores quienes querían allegar unos documentos.

* El 4 de octubre de 2018 se realizó la audiencia de individualización de pena solamente, ya que no se pudo hacer la lectura de la sentencia por cuanto en las diligencias del art. 447 del C.P.P., las partes se extendieron demasiado; a pesar de ello, se anunció que el fallo, como era lógico, sería de carácter condenatorio.
* La audiencia de lectura se sentencia se realizó el 23 de noviembre de 2018, en la cual se condenó a los señores LAMT y CARM, a las penas principales de 42 y 44 meses de prisión y multa de 39 smlmv, respectivamente, como responsables de las conductas punibles de Contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, en concurso con Peculado por apropiación y Falsedad ideológica en documento público. Aunado a ello, se les inhabilitó por un tiempo igual al de la pena para el ejercicio de derechos y funciones públicas y se les inhabilitó a perpetuidad para aspirar a cargos públicos, de elección popular y para contratar con el Estado. Se les negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

**LA SENTENCIA OPUGNADA:**

Como ya se dijera en el acápite anterior, se trata de la sentencia proferida por parte del Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, en las calendas del 23 de noviembre de 2018, en la que se declaró la responsabilidad penal de los señores LAMT y CARM, en calidad de cómplices en las conductas punibles de Contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en concurso con Peculado por apropiación y Falsedad ideológica en documento público.

Consideró la Jueza *A quo* que la Fiscalía tenía suficientes EMP y EF para demostrar la responsabilidad de los Procesados en los hechos de corrupción que se les endilgaron dentro de este asunto, situación de la que eran conscientes los procesados quienes decidieron realizar un preacuerdo con la Fiscalía a cambio del reconocimiento de una degradación del grado de participación en el actuar delictual, disminuyéndoles de esa manera la pena de prisión, la cual quedó, de acuerdo al preacuerdo, en 42 meses para LAMT y en 44 meses para CARM.

Por otra parte, argumentó la *A quo* que en este caso no concedería el descuento de que trata el inciso segundo del art. 401 del C.P. por cuanto considera que esa indemnización a la víctima debió ser tenida en cuenta por parte de la Fiscalía al momento de realizar el preacuerdo con los Procesados, pues de otra manera no se explicaría el por qué se les aumentó la pena por el delito de Peculado por apropiación en apenas 2 meses por cada uno de los contratos, cuando la pena mínima para ese reato es de 64 meses. Ahora bien, si esa circunstancia no se le dio a conocer a la Fiscalía al momento del preacuerdo, considera entonces, que los Defensores actuaron de manera desleal, por cuanto se guardaron esa información para solicitar después un descuento adicional a los que ya se les había concedido.

Aunado a lo anterior, adujó la falladora de primer nivel, que la audiencia del art. 447 C.P.P. posterior a la aceptación de un preacuerdo, tiene como finalidad que se expongan las circunstancias personales y familiares de los procesados, no para que se pidan descuentos adicionales que no fueron negociados con la Fiscalía; y aunque en gracia de discusión, se admitiera conceder la rebaja pedida, considera que no sería significativa, por cuanto la misma solo procedería para el delito de Peculado por apropiación y no para los otros, lo que implica que el descuento sería sobre los 4 meses aumentados por ese delito y no por la pena total negociada. Además les aclaró que en el preacuerdo no se puso el Peculado como el delito más grave y por tanto no puede darse un descuento adicional sobre la pena de la que se partió.

Con base en lo anterior, y teniendo en cuenta lo contenido en el art. 63 del C.P. para la época de los hechos, se les negó el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, por cuanto la sanción impuesta supera los tres años; también se dijo que aunque se aplicara el contenido de esa misma norma con las reformas que tuvo posteriores a ese año, y que estableció el mínimo de la pena para ese beneficio en 4 años, tampoco se les podría conceder por cuanto hay que aplicar esa normativa en su integridad, o sea con la prohibición de que trata el art. 68A del C.P. que excluye los delitos acá juzgados de esos beneficios. Iguales consideraciones se realizaron para negar el beneficio de la prisión domiciliaria.

Respecto de esta decisión se interpuso recurso de apelación por parte de la Defensa del señor LAMT quien lo sustentó dentro del término establecido por la ley.

**LA ALZADA:**

Los argumentos de disenso presentados por el recurrente se pueden sintetizar así:

* Si bien es cierto que para tasar la pena se partió de un mínimo de 64 meses de prisión, la cual es común a los tres delitos por los que se les acusó, en el caso de LA, se tomó como delito más grave el de Peculado por apropiación y no el de Celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales, como erradamente lo entendió la *A quo* por ser el delito cuyo máximo de la pena es el más alto, por ende, ese descuento de la mitad de la pena fue por el delito de Peculado por apropiación y los aumentos de hasta en otro tanto se dieron por los otros dos delitos.
* Teniendo en cuenta lo anterior, y toda vez que se ha realizado la devolución del 50% del valor de lo apropiado y se aseguró el pago del restante con una garantía real, la disminución de la tercera parte del delito de Peculado es plenamente aplicable ya que se trata de un derecho y no de un beneficio. De esa manera, habiéndose verificado la devolución de los dineros, es procedente la reducción adicional de la pena en una tercera parte por el delito de Peculado, razón por la cual esta pasaría de 32 meses a 21.4 meses que sumados al otro tanto aumentado por el concurso de conductas, daría un total de 31.4 meses de prisión como sanción definitiva.
* En cuanto a la negativa de la falladora de conceder el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, considera que su otorgamiento resulta viable en atención al principio de favorabilidad, por cuanto una vez redosificada la pena, como ya se indicó, la misma quedaría por debajo de los 36 meses de prisión, que es el límite que contemplaba para la época de los hechos el art. 63 del C.P. además de ello, se cumple con el segundo de los requisitos allí establecido, pues LAMT tiene a su favor unos antecedentes, sociales, familiares y personales que dan cuenta de que no es necesaria la pena privativa de la libertad en su contra, menos cuando en el tiempo que lleva recluido, él ha mostrado compromiso en su proceso de resocialización y en el de otros internos de la cárcel, haciendo parte para ello del Comité de Derechos Humanos del penal.

Por todo lo anterior, el libelista solicita que se reconozca el derecho al descuento que le asiste a su prohijado y en ese orden de cosas se modifique el quantum de la pena impuesta en la sentencia de primera instancia y se le conceda el subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

**LAS RÉPLICAS:**

**- El Procurador Judicial Penal** como no recurrente, presentó escrito por medio del cual indicó que no es cierto que la Jueza de instancia hubiese errado al momento de escoger como delito más grave para este asunto el de Celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales, por cuanto la Sala de Casación Penal de la CSJ en decisión SP1970-2018 radicado 49315 del 31 de mayo de 2018, indicó que se pueden hacer de esa manera o individualizando concretamente cada uno de los comportamientos bajo la ficción de que se están juzgado por separado. Igualmente señaló que esa elección del delito más grave no fue discrecional de la falladora, sino que ello fue estipulado por las partes, incluyendo al abogado de MT y que también contó con el aval del procesado cuando en la audiencia de verificación señaló que aceptaba ese preacuerdo tal cual había sido presentado, a sabiendas de que se le advirtió que después no podría retractarse.

En lo atinente al descuento del art. 401 del C.P., manifestó que en caso de operar el reconocimiento de ese descuento, el mismos no sería de una tercera parte sino de una cuarta parte, por cuanto acá no se ha dado un reintegro total de lo apropiado, pues solo se ha hecho efectiva la devolución del 50%, entonces se estaría ante un reintegro parcial; de tal manera y teniendo claro que el descuento solo sería sobre los cuatros meses que se aumentaron por el delito de Peculado por apropiación, no es procedente la concesión del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

**- El Fiscal como no recurrente**, también mostró su inconformidad con la apelación propuesta e indicó sentirse sorprendido con la apelación interpuesta por el defensor del señor LAMT, máxime porque él estuvo durante todo el proceso, incluyendo el momento en que se realizó el preacuerdo, y jamás hizo observación o inconformidad alguna respecto a lo allí pactado. En ese orden de cosas, la sentencia recurrida lo que hace es reflejar la voluntad de quienes firmaron el preacuerdo en donde se dejó claramente consignado que se tomaría como delito base el de Celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales, e igualmente se estableció una pena de 42 meses de prisión para el caso de LAMT, sin que mediara beneficio adicional alguno, en especial cuando dada la naturaleza de los reatos por los que acusó y se condenó a los aquí implicados, los mismos están prohibidos de acuerdo a lo establecido en el art. 68-A del C.P.

Con todo lo anterior, considera que no se debe acceder a lo pedido por el recurrente pues, insiste, la sentencia confutada está en consonancia con lo preacordado entre las partes.

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**- Competencia:**

Como quiera que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de una sentencia proferida por un Juzgado Penal Municipal que integra uno de los Circuitos que hacen parte de este Distrito Judicial, esta Sala de Decisión, según lo establecido en el numeral 1º del artículo 34 C.P.P. es la competente para resolver la presente Alzada.

De igual forma no se avizora ningún tipo de irregularidad sustancial que pueda incidir para que esta Colegiatura de manera oficiosa proceda a decretar la nulidad de la actuación procesal.

**- Problema Jurídico:**

Acorde con los argumentos propuestos por parte del recurrente en la sustentación de la alzada, considera la Sala que de los mismos se desprenden los siguientes problemas jurídicos:

1. ¿En el caso de LAMT se debió tomar como delito más grave el de Peculado por apropiación, dado el cargo que ostentaba para la época de los hechos, y no el de Contrato sin cumplimiento de requisitos legales, como lo hizo la Juez de instancia?
2. ¿Es procedente que a LAMT se le reconozca el descuento en la pena establecido en el inciso 2º del art. 401 del C.P., por el delito de Peculado por apropiación, para de esa manera otorgarle el beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena?

**- Solución**:

Para solucionar el primer problema jurídico propuesto, debemos empezar por recordar que los acá Procesados fueron condenados con base en un preacuerdo que hicieron con la Fiscalía, el cual fuera avalado por la Juez Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal una vez se verificó que efectivamente los encartados estaban de acuerdo con lo expuesto por el Ente Acusador.

De esa manera, se tiene que el acta de preacuerdo suscrita por RM y MT con la Fiscalía, se encuentra del folio # 2 al # 15 del cuaderno del proceso, él aparece signado tanto por los Procesados como por sus representantes judiciales, lo que implica que todos ellos estaban de acuerdo con el contenido del mismo; es así, como se puede observar a folio # 14 del encuadernado que las partes acordaron que:

“Para los señores **LAMT y CARM** se partirá del delito que contempla la pena mayor que para este caso es **CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES ART. 410 DEL C.P Y EL PECULADO POR APROPIACIÓN ART. 397 DEL C.P**, que contemplan una pena de 64 a 2016 meses el primero y de 64 a 180 meses el segundo delito (en su inciso segundo), adecuado con base en la cuantía de lo apropiado. Así las cosas al partir de la pena inferior del delito mayor, se fijan **64 meses** como pena principal. A esta pena principal se le aplicará el descuento punitivo del **50%** en razón de degradar la conducta al grado de complicidad, por lo que quedaría una pena de **32 meses, (…)**”

Lo anterior, permite entrever que en todo momento se dejó claro que para ambos encartados se tomaría como delito más grave el “delito mayor”, esto es, el delito que consagra la pena más alta en su extremo superior, o sea el de Celebración de contratos sin cumplimiento de los requisitos legales; sin que en ninguna otra partes del escrito se dejará indicación alguna respecto a que en el caso de LAMT se iba a tomar como delito más grave otro de los que se les endilgaron. Lo consignado en el documento mencionado fue ratificado en la diligencia de presentación de ese preacuerdo, la cual se celebró el 10 de septiembre de 2018, en tal vista pública, también se dejó claro que para tasar la pena, se partiría del delito que contempla la pena mayor; en esta vista pública solo se hicieron observaciones por parte del delegado del Ministerio Público y con base en ella se efectuaron unas aclaraciones al preacuerdo, las cuales fueron refrendadas por todos los intervinientes, pero en ningún momento el abogado que ahora funge como recurrente o su prohijado hicieron mención alguna a que debía modificarse el delito base para la tasación de la pena de esta persona, tanto así, que al ser preguntado por la Jueza de instancia, LAMT manifestó que aceptaba los cargos tal cual fueron presentados por la Fiscalía y luego explicados por el Ministerio Público[[1]](#footnote-1).

Las aclaraciones anteriores resultan importantes, porque con ellas se puede entrever que les asiste razón a los representantes del Ente Acusador y del Ministerio Público, al señalar en sus escritos de no recurrentes que con lo manifestado por el apelante veladamente lo que está haciendo es retractarse de lo preacordado.

En ese orden de cosas, vale la pena recordar que el principio de irretroactividad de lo preacordado, nos señala que una vez aprobado o avalado el preacuerdo por parte de la Judicatura, a las partes no le está permitido desconocer o desdecir de lo acordado.

Situación que de tiempo atrás ha venido decantando la CSJ al decir:

“En efecto, legalizado el allanamiento o el acuerdo, bajo ninguna circunstancia es viable admitir la retractación de quien siendo capaz, de manera voluntaria y libre de cualquier apremio, admite su responsabilidad -con la asesoría de un defensor- y renuncia al axioma de no autoincriminación y, por ende, a gozar de un juicio público, concentrado y rodeado de las garantías de inmediación, contradicción e imparcialidad, a cambio de una rebaja sustancial de pena, pues ello no solo garantiza la seriedad de dicho acto jurídico sino que salvaguarda los postulados de igualdad de armas y lealtad procesal, habida cuenta que, desde ese preciso momento, la Fiscalía abandona su actividad investigativa para dedicar su esfuerzo a procurar que el proceso abreviado termine lo más pronto posible con sentencia condenatoria.

Solo excepcionalmente cabe admitir la retractación, cuando quiera que se demuestre la existencia de algún vicio del consentimiento o la violación de las garantías esenciales del procesado, en los términos del parágrafo del artículo 293 de la Ley 906 de 2004 y bajo la interpretación que sobre el particular ha consolidado la Corte (CSJ SP, 15 mayo de 2013, rad. 39.025).” [[2]](#footnote-2)

Con todo lo dicho hasta el momento, es claro que la *A quo* no fue quien de manera arbitraria o independiente estableció los parámetros para la tasación de la pena a imponer a los aquí Procesados, como lo insinuó el apelante en su libelo, sino que ella lo único que hizo fue impartirle legalidad a lo que acordaron las partes, entre ellos el señor LAMT y su abogado, quienes desde la fecha en que se firmó el preacuerdo, tenían claro que el delito del cual se partiría para establecer la pena serían el de Celebración de contratos sin el cumplimiento de requisitos legales y no el de Peculado por apropiación, situación que igualmente se reiteró, no en una, sino en varias oportunidades durante la audiencia de verificación de preacuerdo.

De esa manera, no son de recibo los reclamos ahora planteados en tal sentido por parte del recurrente, por ser contrarios al aludido principio de la irretractabilidad, máxime cuando es diáfano que tuvo las oportunidades procesales pertinentes para hacer tales observaciones y no lo hizo, realizándolo ahora pretendiendo desdecir lo que preacordó y atacando una sentencia anticipada que se profirió acorde con los requisitos legales para ese tipo de decisiones.

En lo que respecta al segundo problema planteado, es importante empezar por aclarar que efectivamente durante la presentación del preacuerdo, la Fiscalía informó que los procesados habían hecho la devolución del 50% de lo que se habían apropiado por los hechos aquí investigados, por cuanto sin ello habría sido imposible la celebración del preacuerdo, pues recuérdese que en delitos como el de Peculado por apropiación, es necesario que quien ha obtenido un aumento en su patrimonio reintegre “por lo menos, el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento percibido y se asegure el recaudo del remanente”[[3]](#footnote-3), siendo entonces un requisito de procedibilidad para la aprobación del preacuerdo, sin que se pueda llegar a considerar que con ello se cierran las puertas para que esa devolución no sea tenida en cuenta al momento de tasar la pena, para conceder un descuento adicional, con base en lo establecido en el art. 401 del C.P. a pesar de que tal circunstancia no se haya pactado al momento del preacuerdo. Ello por cuanto, y en esto hay que decir que le asiste razón al apelante, la rebaja de pena por el reintegro de lo apropiado no es facultativa del juez, sino que es un derecho que adquiere el procesado al momento de hacer la restitución, independientemente de los motivos que lo indujeron a proceder en tal sentido.

Así las cosas y contrario a lo dicho por la Jueza de instancia en su providencia, al ser el tema del descuento de la pena por la devolución de lo apropiado una especie de circunstancia posdelictual[[4]](#footnote-4), nada impide que a ello se haga mención y se solicite en la audiencia del art. 447 del C.P.P., especialmente porque es en ese momento, en los procesos abreviados, cuando se exponen aquellas circunstancias que pueden redundar en la concesión de beneficios para el procesado.

Compaginando lo que viene de decirse con lo obrante dentro del expediente, es necesario señalar que si bien es cierto resulta procedente entonces reconocerle al señor LAMT un descuento en la dosificación punitiva por la devolución de lo apropiado, también se tiene que es igual de real que esa devolución no se hizo en un cien por ciento, por lo que le asiste razón al Agente del Ministerio Público, cuando señaló en su escrito de no recurrente, que ese descuento no puede ser de una tercera parte, sino de una cuarta parte, tal como lo consagra el inciso 3º del art. 401 del C.P.P.

Esta consideración tiene su sustento en el hecho de que los aquí encartados solo reintegraron de manera efectiva el 50% de lo apropiado, comprometiéndose a pagar lo restante en cuatro cuotas anuales, desde el año 2019 hasta el año 2022, según consta en la resolución No. 3263 expedida por la Tesorería Municipal de Santa Rosa de Cabal y obrante a folios 182 y 183 del cuaderno del proceso.

Con lo anterior es evidente que estamos ante un reintegro parcial y no total de lo apropiado por los Procesados, pues se insiste, el hecho de que se haya firmado la garantía real, ello no quiere decir que efectivamente se reintegrara el 100%, por cuanto ello es una simple expectativa de pago que se materializara en el futuro, y que se hizo porque es un requisito de procedibilidad para la aprobación del preacuerdo, como se explicó párrafos atrás.

De tal suerte, considera esta Colegiatura que es procedente reconocerles a los aquí procesados un descuento punitivo en los términos del inciso 3º del art. 401 del C.P.P., en lo que respecta a la pena impuesta por el delito de Peculado por apropiación, descuento que no puede ser de una tercera parte de la pena como lo reclamaba el apelante, sino de hasta una cuarta parte de la misma, por cuanto, se insiste, hasta el momento los encartados únicamente hicieron un reintegro parcial de lo apropiado, pues solo devolvieron efectivamente el 50% del dinero de ambos contratos, respaldando el pago del restante con la firma de una garantía real, razón que lleva a concluir que por ser algo que se supone se dará en el futuro no puede ser tenido en cuenta aún, ya que puede o no darse tal cual se pactó.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la norma ya mencionada establece que ese descuento punitivo por el reintegró de lo apropiado con el delito de Peculado por apropiación, puede ser hasta de una cuarta parte de la pena impuesta, y considerando lo reprochable que resulta las acciones realizadas por los aquí encartados, quienes aprovechándose de que uno de ellos ostentaba un cargo de elección popular y que el otro era un empleado público, en quienes los electores depositaron su confianza para el buen manejo y dirección no solo del municipio sino también de las finanzas de este, usaron esos cargos de la manera más descarada y dolosa, creando un ardid y así no levantar sospechas, para apropiarse de los dineros del municipio, los que sobre decir, debían ser invertidos en obras o acciones que redundaran en el bienestar de la comunidad. Esos factores, aunados a lo tardío del reintegro, inciden para que el descuento por el reintegro parcial de lo apropiado, no sea de una cuarta parte de la pena, que sería igual a decir un 25% de esta, sino que será de un 15% de la sanción impuesta por el delito de Peculado por apropiación.

La Sala debe dejar en claro, que en lo que atañe con el monto del descuento punitivo reconocido en favor de los Procesados como consecuencia del fenómeno del reintegro parcial, se tuvieron en cuenta los criterios del derecho premial, el cual propende por una relación pragmática de costo-beneficio, en virtud de la cual entre más pronto sea el reintegro, mayores serán los beneficios obtenidos por los Proceso, por lo que *contrario sensu,* cuando la actuación procesal ha sufrido un mayor desgate y como consecuencia de ello el reintegro se hace de manera tardía, es obvio que los beneficios deberán ser menores.

En el caso en estudio, el reintegró se dio en una fase avanzada del proceso, ya que el mismo tuvo lugar después de la formulación de la acusación y en vísperas de la audiencia preparatoria, lo cual quiere decir, al aplicar los antes aludidos criterios pragmáticos que son propios del derecho premial, que los Procesados no podían hacerse acreedores del máximo de dicho descuento, el cual, como ya se dijo correspondería al 25% de la pena a imponer.

A la luz de lo anterior, ya que tanto al procesado LAMT como al también encausado CARM, se les impuso una pena de 4 meses por ambos peculados, la misma se disminuirá en 18 días (que es el equivalente al 15%), lo que implicaría que la pena por el reato de Peculado por apropiación sea de 3 meses y 12 días de prisión.

En ese orden de cosas la pena impuesta a LAMT pasará de 42 meses de prisión a 41 meses y 12 días de prisión.

Es de anotar que a pesar de que el señor CARM no concurrió como apelante en este asunto, la tasación de la pena que se hizo en su caso también será modificada, en aplicación a la excepción al principio de limitación de la apelación, que nos señala que en aquellos eventos en donde hay pluralidad de procesados y no todos ellos apelan la decisión, y al momento de resolverse la alzada se resuelven puntos que favorecen a todos los encausados, a aquel que no funge como recurrente, por equidad e igualdad, también se les deberá aplicar lo que resulte beneficioso, siempre y cuando tales beneficios sean inherentes a la integralidad del fallo.

Con base en lo que se ha dicho, se habrá de modificar también la pena impuesta al señor CARM, en iguales condiciones a las del apelante, lo que implica que a los cuatro meses de aumento de la pena por el delito de Peculado por apropiación cometido por él en cada uno de los contratos, se le disminuirá un 15% de la misma, pasando esta de cuatro meses a 3 meses y 12 días de prisión; o sea que la pena final a imponerle se reduce de 44 meses de prisión a 43 meses y 12 días de prisión.

Finalmente en lo que tiene que ver con la concesión del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la Sala no hará un análisis sobre el tema, toda vez que es claro que al continuar las penas impuestas en este asunto superando los 36 meses de prisión, no se cumple con el requisito objetivo establecido en el art. 63 del Código Penal vigente para la época de los hechos.

En mérito de todo lo antes expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: MODIFICAR** la sentencia proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, el día 23 de noviembre de 2018, en todo aquello que tiene que ver con los descuentos punitivos reconocidos en favor de los señores **LAMT** y **CARM**, en lo que tiene que ver con el reintegró parcial que hicieron de los dineros que se apropiaron por el delito de Peculado por apropiación, de acuerdo a lo que se explicó en precedencia.

**SEGUNDO:** En consonancia con lo anterior, **REDOSIFICAR** la pena impuesta a los condenados LAMT y CARM en aplicación a los descuentos punitivos consagrados en el inciso 3º del art. 401 del C.P. para señalar que la pena final a imponer es de 41 meses y 12 días de prisión para el primero y 43 meses y 12 días de prisión para el segundo, ello en consonancia con lo argumentado en la parte motiva de esta decisión.

**TERCERO: MODIFICAR** la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones impuesta a los Procesados, la cual corresponderá al monto de la pena de prisión impuesta a ellos.

**CUARTO:** **CONFIRMAR** la decisión recurrida en todas sus demás partes; y **DECLARAR** que contra de la presente decisión procede el recurso de casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado en la oportunidad de Ley.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

1. Diligencia del 10 de septiembre de 2018, H:00:47:00 [↑](#footnote-ref-1)
2. CSJ AP, 10 jun. 2015, Rad. 44993 [↑](#footnote-ref-2)
3. Art. 349 del Código de Procedimiento Penal. [↑](#footnote-ref-3)
4. Aunque la Sala no puede desconocer que también podría ser una circunstancia modificadora de los limites punitivos que afecta la estructura de la tipicidad de la conducta. [↑](#footnote-ref-4)