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: PREACUERDOS / CUANTÍA DEL REINTEGRO / EN CASOS DE COAUTORÍA / DEPENDE DE LA MODALIDAD DE LA MISMA / SI ES PROPIA, BASTA RESTITUIR EL MONTO OBTENIDO CON EL INCREMENTO PATRIMONIAL ILÍCITO / SI ES IMPROPIA, CADA COAUTOR DEBE RESTITUIR LA TOTALIDAD DE DICHO INCREMENTO.**

La controversia surgida en el presente asunto gira en determinar sí cuando varias personas, en calidad de coautores, cometen un delito que les generó un incremento patrimonial, en caso que alguno de ellos haya decidido 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. debe 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. (…)

Frente a la anterior controversia la Sala desde ya dirá que no le asiste la razón a los reproches formulados por la apelante, porque el fenómeno del reintegro consagrado en el artículo 349 C.P.P. como requisito para la aprobación de un preacuerdo cuando en la comisión de un delito, que por su naturaleza implica un incremento patrimonial, en el que 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. (…)

… al confrontar dichas modalidades de la coautoría con el aludido requisito del reintegro consagrado en el artículo 249 C.P.P. la Sala válidamente puede concluir que en aquellos eventos en los cuales se esté en presencia de una coautoría propia, también conocida por la doctrina como pluriautoría, en virtud de la cual, por la naturaleza del delito, los sujetos agentes hubieren percibido un incremento patrimonial, para la procedencia del requisito del reintegro es factible que el interesado pueda restituir en consonancia con el monto específico de la utilidad que obtuvo, o sea que se puede parcelar o prorratear el incremento patrimonial percibido entre cada uno de los pluriautores…

En cambio, cuando se está en presencia de una coautoría impropia, por regir en la misma el principio de la imputación recíproca, el cual, como se sabe, implica que «La producción del resultado típico es producto de la voluntad común…», es obvio que cada uno de los coautores deba responder de manera integral por el delito perpetrado y querido por todos Ellos sin importar lo que cada uno de manera individual haya efectuado en el devenir del iter criminis.

**ACLARACIÓN DE VOTO: DOCTOR JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

… mi discrepancia puntual radica básicamente en que se haya ensayado en la ponencia una tesis que, si bien es teóricamente cierta, en la práctica conlleva un difícil y quizá inapropiado ejercicio de ponderación. Me refiero al hecho de que se diga que los jueces deben analizar en cada caso concreto si se está en presencia de una coautoría propia o pluriautoría, o si por el contrario de lo que se trata es de unacoautoría impropia o recíproca.

Desde luego, no se discute, que esa división conceptual dentro de la figura del llamado “concurso de personas” en la conducta punible existe, es real, y conlleva diversos efectos jurídicos en relación con el tema de la responsabilidad penal. Sin embargo, y es allí donde radica mi preocupación, la aplicación de esa división ontológica en el terreno de los requisitos para acceder a una negociación consensuada, antes que generar la pretendida equidad a la que se aspira, al final termina ocasionando incoherencias frente a otros escenarios en los cuales igualmente se debe valorar el pago o el reintegro de lo ilícitamente apropiado por todos los copartícipes, llámense determinadores, autores, coautores o cómplices.

**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, veinte (20) de agosto de dos mil veinte (2020)

Aprobado por acta No. 621A

Hora: 14:30 horas

Procesados: JACM y otros

Radicado: 660016000036201705452-01

Delitos: Peculado por apropiación; falsedad ideológica en documento público y contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales

Procedencia: Juzgado 2º Penal del Circuito de Dosquebradas

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

Tema: Requisitos para la aprobación de un preacuerdo, en el escenario del reintegro, cuando en la comisión del delito intervinieron varias personas en calidad de coautores. Diferencias entre coautoría propia e impropia.

Decisión: Confirma auto confutado

**ASUNTO:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a resolver el recurso de alzada interpuestos por la Defensa del procesado **JACM** en contra del auto interlocutorio proferido por el Juzgado 2º Penal del Circuito de Dosquebradas el día 11 de junio del 2.020, mediante el cual se improbó un preacuerdo pactado entre la Fiscalía y la Defensa.

**ANTECEDENTES:**

Los hechos que concitan la atención de la Colegiatura tuvieron ocurrencia en el municipio de Dosquebradas entre los meses de octubre a diciembre del año 2.016, y están relacionados con un detrimento patrimonial que en la suma de $153.566.200 sufrió el aludido municipio, el cual según se afirma fue perpetrado por varios funcionarios de la administración municipal quienes al parecer se complotaron con un particular, con el que suscribieron un convenio que supuestamente no cumplía con los requisitos de ley, el cual nunca se ejecutó ni cumplió.

Acorde con lo consignado en el escrito de acusación, se tiene que el Sr. JULIO ALEJANDRO CORRALES HERRERA, actuando en representación legal de la fundación *“iniciativas para el desarrollo económico, ambiental y social”* (IDEAS), en el mes de octubre del 2.016 presentó una propuesta a la alcaldía del municipio de Dosquebradas, la que tenía como propósito la suscripción de un convenio cuya finalidad era realizar la caracterización de los residuos sólidos (comunes, orgánicos, recuperables, especiales, de demolición y construcción) generados en el municipio de Dosquebradas.

La propuesta del Sr. JULIO ALEJANDRO CORRALES HERRERA dio génesis al convenio # 909 del 18 de noviembre de 2.016 suscrito entre *“IDEAS”* y el municipio de Dosquebradas por la suma de $153.566.200 en el cual en representación de la Entidad territorial intervinieron: a) JACM, en calidad de Secretario de Desarrollo Agropecuario y Gestión Ambiental; b) HERNÁN DARÍO SOTO ARANGO, en calidad de asesor jurídico; c) LUÍS FERNANDO LÓPEZ MUSTAFÁ, quien por su calidad de Director Operativo se le encomendó la supervisión del cumplimiento del contrato; y c) JOHN UBER OBANDO GIRALDO, en calidad de asesor privado del alcalde.

Dicho convenio se ejecutó entre el 18 de noviembre hasta el 30 de diciembre de 2.016, periodo durante el cual a *“IDEAS”* le fue cancelada la suma de $153.566.200 en tres pagos consignados mediante actas adiadas en los meses de noviembre y diciembre de 2.016.

Según aduce la Fiscalía en el libelo acusatorio, los funcionarios de la alcaldía del municipio de Dosquebradas de manera inescrupulosa se confabularon con un particular para defraudarle al aludido municipio la suma $153.566.200, mediante un fraudulento contrato de asociación, el que además de no cumplir de manera manifiesta con los requisitos de legales, y de contrariar los principios que orientan la función pública, en momento alguno se ejecutó realmente, ya que los acusados para demostrar el cumplimiento del objeto contractual se valieron de documentos en los que consignaron falsedades para así darle apariencia de legalidad a algo que nunca se hizo.

**SINOPSIS DE LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. La audiencia preliminar de formulación de la imputación se celebró el 21 de octubre de 2.019 ante el Juzgado 1º Penal Municipal de Dosquebradas, con Funciones de Control de Garantías, mediante la cual la Fiscalía le enrostró cargos al entonces indiciado JACM, por incurrir, en calidad de coautor, en la presunta comisión de los delitos de peculado por apropiación; falsedad ideológica en documento público y contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, con las circunstancias genéricas de mayor punibilidad consagradas en los # 1º y 10º del artículo 58 C.P. Posteriormente, ante ese mismo Juzgado, los días 18, 20 y 27 de diciembre de 2.019, tuvo lugar la audiencia de definición de situación jurídica, en virtud de la cual al Procesado se le impuso la medida de aseguramiento de detención preventiva.
2. El escrito de acusación data del 6 de diciembre de 2.019, correspondiéndole el conocimiento de la actuación al Juzgado 2º Penal del Circuito de Dosquebradas, el cual de manera infructuosa convocó a las partes para llevar a cabo la audiencia de acusación. Así las cosas, el 23 de abril hogaño, las partes fueron citadas para efectuar la audiencia de formulación de la acusación, pero la misma fue mutada por la Fiscalía, quien al inicio le puso en conocimiento del Juzgado Cognoscente que se entablaron conversaciones con la Defensa de los procesados JULIO ALEJANDRO CORRALES y JACM, a fin de procurar un preacuerdo, pero la representante del Ente Acusador solicitó la suspensión de la audiencia porque aún por parte de los acusados no se había efectuado la consignación del 50% de los dineros presuntamente apropiados.
3. El 7 de mayo de 2.020 se llevó a cabo ante el Juzgado Cognoscente una nueva audiencia en la que la Fiscalía puso en conocimiento los términos del preacuerdo al que había llegado con la Defensa del procesado JACM, los que consistían en que al procesado se le impondría una pena de 45 meses de prisión, como consecuencia de declararse penalmente responsable de los delitos enrostrados en su contra, a cambio de que la Fiscalía degradara a cómplice su grado de participación. De igual manera, la Fiscalía adujo que el procesado debía reintegrar la suma de $30.615.240 de los cuales había devuelto $15.356.340, mientras que el saldo restante se comprometía a restituirlo mediante un convenio celebrado con el municipio de Dosquebradas.
4. El Juzgado *A quo* luego de escuchar a los demás intervinientes procedió a convocar a las partes a una audiencia celebrada el día 11 de junio de los corrientes, en la que decidió improbar el preacuerdo pactado entre la Fiscalía y la Defensa. En contra de la decisión que improbó el preacuerdo, de manera oportuna se alzó la Defensa del procesado JACM.

**EL AUTO OPUGNADO:**

Como ya se dijo, se trata de la providencia interlocutoria proferida por el Juzgado 2º Penal del Circuito de Dosquebradas el día 11 de junio del 2.020, mediante el cual se improbó un preacuerdo pactado entre la Fiscalía y la Defensa.

El preacuerdo acordado entre la Fiscalía y la Defensa consistía en lo siguiente: El procesado se declaraba responsable de los delitos enrostrados en su contra, a cambio que la Fiscalía degradara a cómplice su grado de participación. De igual manera la pena se pactó en 45 meses para lo cual se tomó como delito base el de peculado, del que se acudió a la pena mínima de 96 meses. Pero como hubo un reintegro parcial, dicha pena se disminuyó en ¼ parte, quedando una pena de 72 meses. Ante la presencia de un concurso de conductas punibles, a esa pena se le adicionaron 18 meses más, que corresponderían a los delitos de falsedad ideológica en documento público y contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, lo que arrojaría una pena de 90 meses, la que al hacerle el descuento punitivo del 50% por concepto de la complicidad, la misma quedaría de manera definitiva en 45 meses.

Por otra parte, en lo que atañe con el cumplimiento del requisito del reintegro, la Fiscalía adujo que por haber participado el procesado en calidad de coautor en los delitos endilgados en su contra, él no debería pagar la totalidad de los dineros apropiados, o sea $153.566.200, sino una ¼ parte de esa suma. Por lo que debía reintegrar la suma de $30.615.240 de los cuales había devuelto $15.356.340 y el saldo se había comprometido a restituirlo mediante un convenio celebrado con el municipio de Dosquebradas.

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 en el presente asunto no se cumplía con el requisito establecido en el artículo 349 C.P.P. relacionado con el reintegro del 50% de los dineros apropiados por los procesados, por cuanto se estaba en presencia de un delito de peculado por apropiación en beneficio de terceros, perpetrado por un grupo de personas, mediante el que se le esquilmó al municipio de Dosquebradas la suma de $153.566.200, la cual, acorde con el sentido de lo requerido por el aludido artículo 349 C.P.P. debe ser restituida integralmente y no de manera proporcional o parcelada como lo pretende la Fiscalía y la Defensa, porque de darse el reintegro de esa manera puede verse burlada la Administración de Justicia en el evento de que los otros coprocesados no paguen la suma apropiada ya sea, V.gr. porque hayan sido absuelto de los cargos endilgados en su contra.

De igual manera el Juzgado de primer nivel expuso lo siguiente:

* El convenio de pago signado entre el procesado y el municipio de Dosquebradas, mediante el cual el encausado se comprometía a pagar el remanente en cuotas, no ofrecía verdaderas garantías para que en verdad tuviera lugar esos pagos.
* La presencia del fenómeno del reintegro, según los términos del aludido artículo 349 C.P.P. en momento alguno le puede cerrar las puertas a las víctimas para que inicien el incidente de reparación integral porque se está en presencia de dos instituciones procesales diferentes.

**LA ALZADA:**

La tesis propuesta por la Defensa para expresar su inconformidad con lo decidido por el Juzgado de primer nivel, básicamente consistió en aducir que con la decisión opugnada el *A quo* había vulnerado el Debido Proceso al irrespetar los postulados de la justicia consensuada en cuya virtud el procesado tenía derecho a preacordar con la Fiscalía para de esa forma obtener una pronta solución a la problemática en la cual estaba involucrado.

De igual manera la apelante adujo que en el presente asunto no procedía el requisito del reintegro del 50% de lo apropiado exigido por el artículo 349 C.P.P. porque por parte del procesado en momento alguno se presentó un incremento patrimonial debido a que no obtuvo ningún tipo de beneficio económico de lo acontecido. Por lo tanto, sí el procesado no obtuvo beneficio patrimonial alguno por la comisión del delito, no era factible que se le aplicaran las disposiciones del aludido artículo 349 C.P.P. como requisito para la aprobación del preacuerdo suscrito con la Fiscalía.

Asimismo, la recurrente expresó que en el caso de su apadrinado al exigírsele el cumplimiento de lo requerido por el artículo 349 C.P.P. lo único que hizo el Juzgado *A quo* fue el incurrir en una confusión semántica porque la norma de marras en momento alguno precisa sobre el reintegro del valor integral de lo apropiado.

Por otra parte, en lo que tenía que ver con el pago del remanente, en caso que el procesado no cumpliera con lo acordado, la recurrente adujo que el municipio de Dosquebradas tenía la opción de acudir al incidente de reparación integral para procurar el pago de dichos dineros.

Con base en los anteriores argumentos, la recurrente solicitó la revocatoria de la providencia confutada y la subsecuente aprobación del preacuerdo signado entre la Fiscalía y la Defensa.

**LAS RÉPLICAS:**

Al intervenir como no recurrentes en virtud del ejercicio del derecho de réplica, las demás partes e intervinientes dijeron lo siguiente:

**- La Fiscal Delegada** prefirió guardar silencio como consecuencia de unas diferencias conceptuales que sostiene con la Fiscal que la antecedió quien fue la encargada de suscribir el preacuerdo.

**- El apoderado de la víctima**, solicitó la confirmación del proveído opugnado, porque en efecto no se cumplió con el requisito del reintegro del 50% de lo apropiado ni se garantizó en debida forma el pago del remanente.

**- El representante del Ministerio Público,** deprecó porque el auto confutado sea confirmado y para ello adujo que la apelante había acudido a una argumentación *ad absurdum* porque en el presente asunto en momento alguno se vulneró el debido proceso, el cual se ha respetado al exigirse que para la aprobación del preacuerdo se debían cumplir con los requisitos del artículo 349 C.P.P.

De igual manera el no recurrente expuso que no es cierto que se haya presentado una confusión semántica por parte del *A quo* ya que sí la hubo fue por parte de la Defensa quien no entendió que en el *subexamine* no podía presentarse un reintegro al prorrateo porque al presentarse el fenómeno de la coautoría era claro que todos los procesados estaban en la obligación de reintegrar integralmente lo apropiado sin importar a manos de quien fueron a parar los dineros apropiados.

**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 recurrente, a juicio de la Sala se desprende el siguiente problema jurídico:

¿En los eventos de coautoría, a fin que se cumplan las exigencias del artículo 349 C.P.P. es factible que aquellos Procesados que con la comisión de un delito hayan obtenido un incremento patrimonial, a fin de obtener la aprobación de un preacuerdo, deban reintegrar el 50% del valor equivalente al incremento percibido, o sí por el contrario dicho valor puede ser prorrateado entre todos Ellos?

**- Solución:**

La controversia surgida en el presente asunto gira en determinar sí cuando varias personas, en calidad de coautores, cometen un delito que les generó un incremento patrimonial, en caso que alguno de ellos haya decidido 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. debe 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, al igual que el representante del Ministerio Público y el Apoderado 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 preacuerda debe reintegrar el 50% del valor equivalente al incremento patrimonial obtenido por todos los coautores; mientras que la Defensa del procesado JACM, comulga con la tesis consistente en que a fin de cumplir con los presupuestos de la justicia consensuada, es factible que el procesado restituya una suma a prorrata equivalente al 50% de lo apropiado de manera específica por Él. Sumado a que, según la recurrente, en el presente asunto el procesado JACM no obtuvo ningún beneficio patrimonial como consecuencia de la comisión del delito, y por ende para la aprobación del preacuerdo no era necesario que se tuviera en cuenta las exigencias requeridas por el aludido artículo 349 C.P.P.

Frente a la anterior controversia la Sala desde ya dirá que no le asiste la razón a los reproches formulados por la apelante, porque el fenómeno del reintegro consagrado en el artículo 349 C.P.P. como requisito para la aprobación de un preacuerdo cuando en la comisión de un delito, que por su naturaleza implica un incremento patrimonial, en el que 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 revólver.

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).

Ahora, al confrontar dichas modalidades de la coautoría con el aludido requisito del reintegro consagrado en el artículo 249 C.P.P. la Sala válidamente puede concluir que en aquellos eventos en los cuales se esté en presencia de una coautoría propia, también conocida por la doctrina como *pluriautoría[[3]](#footnote-3)*, en virtud de la cual, por la naturaleza del delito, los sujetos agentes hubieren percibido un incremento patrimonial, para la procedencia del requisito del reintegro es factible que el interesado pueda restituir en consonancia con el monto específico de la utilidad que obtuvo, o sea que se puede parcelar o prorratear el incremento patrimonial percibido entre cada uno de los pluriautores; e incluso, acorde con el principio de la necesidad, sí uno de los sujetos agentes no obtuvo ningún tipo de beneficio, es obvio que estaría exento de cumplir con la obligación de restituir.

En cambio, cuando se está en presencia de una coautoría impropia, por regir en la misma el principio de la imputación recíproca, el cual, como se sabe, implica que *«La producción del resultado típico es producto de la voluntad común…»[[4]](#footnote-4)*, es obvio que cada uno de los coautores deba responder de manera integral por el delito perpetrado y querido por todos Ellos sin importar lo que cada uno de manera individual haya efectuado en el devenir del *iter criminis.*

Lo antes expuesto nos quiere decir que en aquellos eventos de coautoría impropia en los que 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 cual 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, se reitera, como consecuencia del principio de la imputación recíproca, 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 como consecuencia de la comisión del delito.

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, quienes se confabularon para esquilmar patrimonialmente al municipio de Dosquebradas, presuntamente cometieron los delitos, por los cuales fueron llamados a juicio, mediante el mecanismo de la división de trabajo, y en tal virtud algunos de ellos de manera irregular llevaron a cabo la fase precontractual, y luego de la anómala expedición del convenio, otro de los complotados supuestamente expidió unos documentos en los que falazmente se consignó que el contrato se había ejecutado, lo que a su vez permitió que a otra persona se le pagara la suma de $153.566.200.

Por lo tanto, acorde con lo anterior, para la procedencia de la aprobación del preacuerdo signado entre la Fiscalía y la Defensa del encausado JACM, era necesario que este último reintegrara, no la suma de $15.356.340 como lo estipularon las partes en el preacuerdo, sino la suma de $76.783.100 correspondiente al 50% del incremento patrimonial que los Procesados percibieron como consecuencia del plan que fraguaron para defraudar patrimonialmente al municipio de Dosquebradas, pero además de ello, se deben presentar las correspondientes garantías que aseguren de una forma real y seria el pago del otro 50% restante.

Lo antes dicho es suficiente para concluir que no le asiste la razón a la tesis de la discrepancia propuesta por la recurrente, y que en consecuencia el Juzgado de primer nivel estuvo atinado cuando decidió improbar el preacuerdo suscrito entre la Fiscalía y la Defensa del procesado JACM.

Ahora, en el remoto e imposible de los eventos en los que se diga que le asiste la razón a la apelante, de todas maneras, existían otras razones plausibles para improbar el preacuerdo, porque el mismo vulneraba de forma evidente los postulados del principio de legalidad en materia punitiva por lo siguiente:

* Según lo consignado en el libelo acusatorio, a los procesados se les endilgaron las circunstancias de mayor punibilidad consagradas en los numerales 1º y 10º del artículo 58 C.P. las cuales no fueron tenidas en cuenta por la Fiscalía al momento de tasar las penas por el delito de peculado por apropiación, por cuanto de manera inexplicable decidió partir de la pena mínima, la que, como se sabe, corresponde a 96 meses de prisión.
* Al ser ignoradas por la Fiscalía las circunstancias de mayor punibilidad consignadas en los numerales 1º y 10º del artículo 58 C.P. podría dar pie para entender que las partes, de manera subrepticia, estipularon el retiro de dichas causales genéricas de agravación punitiva, lo que en últimas implicaba que el procesado fuera favorecido con un inexplicable doble beneficio: a) Un descuento punitivo del 50% por la degradación a cómplice de la manera como intervino en la comisión de los reatos, y b) El retiro de las aludidas circunstancias de mayor punibilidad.
* La adición de 18 meses más que corresponderían *“hasta el otro tanto”* por los delitos de falsedad ideológica en documento público y contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, no se compadece para nada de los criterios legales y jurisprudenciales establecidos para tasar los límites de ese *“hasta otro tanto”*, los cuales, como bien se saben, consisten en que: a) No puede exceder de la sumatoria de la tasación punitiva en concreto de cada uno de los delitos que hacen parte del concurso, sin que rebase los 60 años de prisión; b) Según la jurisprudencia[[5]](#footnote-5) no puede superar el doble de la pena que en concreto se tasó para el delito base, o sea el reato de mayor gravedad.

Acorde con lo que se ha dicho en precedencia, para esta Sala de decisión es evidente que la determinación a tomar dentro del presente asunto debe ser la de confirmar la decisión adoptada por el Juzgado *A quo*, por medio de la cual se improbó un preacuerdo pactado entre la Fiscalía y la Defensa.

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 proferidapor el Juzgado 2º Penal del Circuito de Dosquebradas el día 11 de junio del 2.020, mediante el cual se improbó un preacuerdo pactado entre la Fiscalía y la Defensa del procesado **JACM.**

**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**

*Con aclaración de voto*

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

**Magistrado**

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SÁNZ**

**Magistrado**

**ACLARACIÓN DE VOTO**

El proceso de la referencia correspondió por reparto al magistrado MANUEL YARZAGARAY BANDERA, quien presentó un proyecto respecto del cual me veo en el deber de presentar ACLARACIÓN DE VOTO con miras a esclarecer algunos puntos frente a los cuales guardo reparo, y de esa forma poder dejar consignado mi personal pensamiento en el asunto.

Debo partir por indicar que estoy TOTAL Y ABSOLUTAMENTE de acuerdo con la confirmación de la providencia de primera instancia en cuanto improbó el preacuerdo; ello, porque en verdad la negociación que se plantea transgrede por múltiples razones los principios de legalidad y razonabilidad.

No obstante, mi discrepancia puntual radica básicamente en que se haya ensayado en la ponencia una tesis que, si bien es teóricamente cierta, en la práctica conlleva un difícil y quizá inapropiado ejercicio de ponderación. Me refiero al hecho de que se diga que los jueces deben analizar en cada caso concreto si se está en presencia de una coautoría propia o *pluriautoría*, o si por el contrario de lo que se trata es de unacoautoría impropia o recíproca.

Desde luego, no se discute, que esa división conceptual dentro de la figura del llamado “concurso de personas” en la conducta punible existe, es real, y conlleva diversos efectos jurídicos en relación con el tema de la responsabilidad penal. Sin embargo, y es allí donde radica mi preocupación, la aplicación de esa división ontológica en el terreno de los requisitos para acceder a una negociación consensuada, antes que generar la pretendida equidad a la que se aspira, al final termina ocasionando incoherencias frente a otros escenarios en los cuales igualmente se debe valorar el pago o el reintegro de lo ilícitamente apropiado por todos los copartícipes, llámense determinadores, autores, coautores o cómplices. Y me explico:

Para comenzar, no veo que en términos de justicia sea sensato decir que, verbi gratia, para hablar de uno de los ejemplos que se traen a colación en la ponencia, si dos personas disparan conjunta y simultáneamente en contra de una víctima con el fin de hurtarle, y ésta fallece a consecuencia de la pluralidad de esos disparos, entonces como se trató de una *pluriautoría* o coautoría **propia** dado que cada uno de los delincuentes ejecutó por su cuenta y riesgo la acción del tipo, cada uno responderá SOLO por el incremento patrimonial obtenido de manera individual. Empero, si de lo que se trató es que uno de los codelincuentes logró llevar a la víctima a un lugar despoblado y solitario previamente acordado y a continuación se dedicó a la vigilancia del sector mientras el compañero de andanzas aprovechando tales circunstancias para dispararle y hurtarle según lo convenido, para al final huir los dos, entonces como se trató en este caso de una coautoría **impropia**, ahí todos deberán responder mancomunadamente por el incremento patrimonial colectivamente obtenido.

A mi juicio, situaciones como esas deben ser resueltas bajo un mismo e idéntico rasero, independientemente de si se está ante una coautoría propia o impropia, porque al fin y al cabo allí lo importante y trascendente es que se tuvo participación en un acto delictivo a partir del cual finalmente se logró un incremento patrimonial indebido bien fuera en provecho propio o ajeno.

E incluso menos aún es válida la aseveración que contiene la ponencia mayoritaria, cuando al referirse a la coautoría propia o *pluriautoría* se dice: “[…] e incluso, acorde con el principio de la necesidad, si uno de los sujetos agentes no obtuvo ningún tipo de beneficio, es obvio que estaría exento de cumplir con la obligación de restituir”. Afirmación que no puede ser, porque por obvias razones, si el autor propio no obtuvo ningún tipo de beneficio, entonces lo que allí procedería no sería una negociación preacordada, sino la absolución a su favor.

Todo lo dicho, adquiere mayor trascendencia tratándose de los delitos que atentan contra la Administración Pública, porque en ellos el legislador tuvo el buen cuidado de indicar que en las conductas antijurídicas que afectan el patrimonio público, se debe responder tanto por las apropiaciones que se hacen a nombre propio como por las que se llevan a cabo a favor de terceros.

Con el aditamento que también la jurisprudencia nacional ha llamado la atención acerca de que en los delitos contra la Administración Pública lo que debe reintegrarse o restituirse para efectosde acceder a un preacuerdo acorde con el artículo 349 C.P.P., no es el 50% sino el 100% de lo obtenido ilícitamente, dado que cuando se trata de dineros públicos no existe la posibilidad de llegar a conciliaciones o transacciones. Textualmente se dijo:

“Obviamente, para insistir en las previsiones del artículo 349 de la Ley 906 del 2004, no en todos los casos en los que se produce un incremento patrimonial producto de la conducta punible existe un correlativo detrimento para una persona determinada, y tampoco en todos los eventos en que esto ocurre es posible realizar actos de disposición.

Debe diferenciarse, entonces, en primer lugar, aquellos delitos que afectan el patrimonio económico público de los que lesionan el privado, pues en los primeros no es admisible la conciliación que consolidaría el detrimento del erario.

[…]

Con estas precisiones, se concluye, frente al artículo 349 de la Ley 906 del 2004, que el valor reintegrable debe ser total cuando el afectado sea el patrimonio público, cuando el incremento no sea correlato del detrimento de un patrimonio y cuando no exista acuerdo con la víctima privada, pero mediando éste se estará a la libre voluntad de las partes. Idéntica solución cabe admitir respecto de la aplicación del artículo 269 del Código Penal, limitada obviamente a los delitos contra el patrimonio económico”.[[6]](#footnote-6)

Otra cosa diferente es, y quizá allí sí le conceda razón a la Sala Mayoritaria, la situación que se presenta en aquellos eventos de organizaciones criminales en donde diversas investigaciones se unen, no por un tema de conexidad sustancial entre ellas, sino por la conexidad procesal en la cual prima un factor de conveniencia dada la comunidad probatoria existente. Lo digo en cuanto en esos episodios sí suele suceder la concurrencia de hechos aislados pero correspondientes a una determinada red operativa, en los que se pueden apreciar niveles escalonados de acción y respecto de los cuales cada individuo cumple un rol distinto e independiente de los demás.

En síntesis, me parece que acoger el criterio propuesto por la Sala Mayoritaria no solo genera confusión antes que la claridad requerida, sino que al final queda subsistiendo una sustancial incoherencia, porque es sabido que al final de todo el proceso, esto es, al momento del llevarse a cabo el incidente de reparación integral, que es la oportunidad en la cual las víctimas directas e indirectas del punible acuden al juez para ser reparadas patrimonialmente y que se decrete el pago de los perjuicios, lo cual traduce ni más ni menos que la obligación de devolver lo ilícitamente apropiado, ya no en un 50% como ocurre en los preacuerdos sino en un 100% incluidos hasta los intereses, en ese escenario posterior indudablemente que OPERA EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD PARA TODOS LOS SENTENCIADOS, es decir, que para ese otro de la actuación TODOS TENDRÁN QUE PAGAR POR TODO, INDEPENDIENTEMENTE DE SI SE LES ENCASILLA DENTRO DE LA CONNOTACIÓN DE COAUTOR PROPIO O IMPROPIO.

Por explicado, estoy de acuerdo con la forma como procedió la titular del juzgado de conocimiento en este caso, lo mismo que con lo esbozado tanto por el señor agente del Ministerio Público como por el apoderado de víctimas, porque en realidad no había necesidad de hacer ese tipo de distinciones que quedaron plasmadas en el cuerpo motivo de la decisión mayoritaria.

Dejo de esa manera rendida mi respetuosa discrepancia.

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

Pereira, agosto 24 de 2020

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. En tal sentido se puede consultar a SUAREZ SÁNCHEZ, ALBERTO: Autoría. Paginas # 410 y 411. 3ª Edición. 2.011. Ediciones Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 7 de septiembre de 2.016. SP12792-2016. Rad. # 42477. M.P. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO. [↑](#footnote-ref-4)
5. Ver entre otras: Sentencia del 15 de mayo de 2003. Rad. # 15868 y Sentencia del 16 de abril de 2008. Rad. # 25304. [↑](#footnote-ref-5)
6. Cfr. CSJ, 22 jun 2006, rad. 24817, Acta 59, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón. [↑](#footnote-ref-6)