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 / SI ES PROPIA, LA BASE ES EL MONTO OBTENIDO CON EL INCREMENTO PATRIMONIAL ILÍCITO / SI ES IMPROPIA, CADA COAUTOR DEBE RESTITUIR SOBRE LA TOTALIDAD DE DICHO INCREMENTO / DOSIFICACIÓN DE LA PENA.**

… no era factible impartirle aprobación a lo estipulado en ese preacuerdo entre las partes, porque en efecto no se satisfacía con el cumplimiento del requisito del reintegro consagrado en el artículo 349 C.P.P. sumado a que las penas acordadas entre las partes no se encontraban en consonancia con los postulados que orientan a los principios de legalidad y de proporcionalidad…

En tal sentido, en esa oportunidad la Sala dijo lo siguiente:

“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 artículo 29 C.P. que regula el fenómeno de la coautoría.

“… 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…

“… 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…”

… lo dicho hasta ahora es suficiente para que la Sala avale la decisión del Juzgado de primer nivel de no imprimirle aprobación al preacuerdo signado entre las partes por cuanto, como lo logró demostrar la Colegiatura, lo pactado entre ellos no satisfacía con el cumplimiento del requisito del reintegro.

Pese a lo anterior, en el más lejano y remoto de los eventos en los que se diga que en el presente asunto se cumplía con el requisito del reintegro, de todas maneras lo preacordado entre las partes estaba destinado al fracaso porque las penas pactadas no satisfacían los requisitos que orientan al principio de legalidad.

**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 SEGUNDA INSTANCIA**

Pereira, treinta (30) de Septiembre dos mil veintidós (2.022)

Aprobado por acta # 889

Hora: 2:35 p.m.

Procesados: JACM; JUOG y otros

Rad. # 660016000036201705452-03

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: Improcedencia de los reintegros a prorrata como requisito para la aprobación de un preacuerdo. Procedimiento para la tasación de los descuentos parciales de ¼ parte en el delito de peculado ante el fenómeno del reintegro.

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 procesadoJACM en contra del auto interlocutorio proferido el 22 de agosto de los corrientes por el Juzgado 2º Penal del Circuito de Dosquebradas, mediante el cual se improbó un preacuerdo pactado entre la Fiscalía y la Defensa en el devenir del proceso que se surte en contra de JACM y otros, por incurrir 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.

**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, correspondiente la suma de $153.566.200, que sufrió el aludido municipio, el cual fue perpetrado por varios funcionarios de la administración municipal, quienes, según se afirma, se complotaron con un particular con el que suscribieron un convenio que 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. JACH, 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. JACH 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) HDSA, en calidad de asesor jurídico; c) LFLM, quien por su calidad de Director Operativo se le encomendó la supervisión del cumplimiento del contrato; y c) JUOG, 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 esquilmarle 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 JAC 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 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 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.
5. Dicho recurso de apelación fue desatado por esta Colegiatura por providencia adiada el 20 de agosto de 2.002, mediante la cual se confirmó el proveído opugnado.
6. Al regresar las actuaciones al Juzgado de primer nivel, de manera frustrada se intentó llevar a cabo la audiencia de formulación de la acusación, y en las calendas del 13 de noviembre de 2.020 cuando se llevaba a cabo esa vista pública, la Defensa del procesado JUOG deprecó por la nulidad de la actuación procesal.
7. En contra de dicha decisión se alzó la Defensa, siendo posteriormente desatado ese recurso por providencia del 22 de enero de 2.021, mediante la cual se confirmó el auto confutado.
8. La audiencia de formulación de la acusación se llevó a cabo el 08 de marzo de 2.022, vista pública en la que a los procesados JACM; HDSA; LFLM y JUOG se les endilgaron cargos por incurrir en como coautores en la comisión de los delitos de peculado por apropiación; falsedad ideológica en documento público y contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales.

De igual manera, al también procesado JACH le fueron enrostrados cargos por incurrir en la comisión de esos delitos en calidad de interviniente.

1. Después de muchos aplazamientos se programó la audiencia preparatoria para el 28 de junio de los corrientes, pero llegado el día y la hora de dicha vista pública, la Fiscalía le anunció al Juzgado que había llegado a un preacuerdo con los procesados el que consistía en que los procesados aceptaban los cargos y como contraprestación, después de efectuar un descuento punitivo de ⅓ de las penas, se les imponía una pena de 55 meses de prisión.
2. En audiencia celebrada el 22 de agosto hogaño, el Juzgado de primer nivel decidió improbar el preacuerdo, lo que dio lugar para que la Defensa del procesado JACM procediera a alzarse en contra de ese proveído.

**EL AUTO OPUGNADO:**

Como ya se dijo, se trata de la providencia interlocutoria proferida 22 de agosto hogaño por parte del Juzgado 2º Penal del Circuito de Dosquebradas, mediante el cual se improbó un preacuerdo signado entre la Fiscalía y la Defensa.

Los argumentos esgrimidos por el Juzgado de primer nivel para no impartirle aprobación al preacuerdo suscrito entre la Fiscalía y la Defensa de los procesados JACM y LFLM, básicamente fueron los siguientes:

* Las penas pactadas entre las partes contrariaban los postulados que orientan al principio de legalidad, si se tenia en cuenta que las partes acordaron aplicar la pena mínima de 96 meses de prisión del delito de peculado por apropiación tipificado en el artículo 397 C.P. pero desconocieron que los hechos imputados al procesado se adecuaban a lo consignado en el inciso 2º de esa norma, la cual consigna una circunstancia de agravación que pregona un incremento punitivo de hasta la mitad cuando el valor de lo apropiado supere los 200 *s.m.m.l.v.* como bien aconteció en el presente asunto en donde la cuantía de la defraudación equivalía a 222 *s.m.m.l.v.*
* No era factible que las partes tasaran los descuentos punitivos de la cuarta parte, consagrados en el artículo 401 C.P. cuando se presenta el fenómeno del reintegro parcial, porque por tratarse de una circunstancia posdelictual era algo del resorte exclusivo de la Judicatura y no de las partes.
* Los incrementos punitivos tasados para los delitos acompañantes al reato de peculado por aprobación deben ser considerados como pírricos por cuanto no se compadecen con el daño causado a la comunidad ni con la extrema gravedad de las conductas perpetradas por los procesados.
* Al momento de tasar las sumas de dinero que le correspondían reintegrar a cada uno de los procesados, la Fiscalía acudió a la formula del prorrateo sin tener mayores fundamentos que le permitieran precisar a cuando ascendía la suma de dineros que en efecto fue apropiada por cada uno de los encausados.
* Los procesados a fin de cancelar el saldo del 50% de los dineros apropiados libraron unas letras de cambio como garantías del pago de dicha obligación, pero dichas garantías por ser personales no eran prenda de seriedad suficiente que diera a entender que ellos podrían cumplir con lo acordado, y por ende para tales menesteres lo que se requería era la constitución de garantías reales.

**LA ALZADA:**

Al expresar su inconformidad en contra de lo decidido por el Juzgado de primer nivel, la Defensa del procesado JACM adujo que lo preacordado entre las partes en momento alguno vulneró el principio de legalidad de las penas por lo siguiente:

* Para la tasación de las penas del delito de peculado por apropiación se debía partir de la pena mínima de 96 meses de prisión y por ende no eran procedentes los incrementos punitivos consagrados en el inciso 2º del artículo 397 C.P. relacionados con la cuantía, porque acorde con lo reglado en el artículo 60 *ibidem*, dichos incrementos punitivos solamente debían aplicarse al máximo de la sanción y no al mínimo.
* Los descuentos punitivos por reintegro son un derecho que le asiste a los procesados que se acojan a lo regulado en el artículo 401 C.P. y por ende es algo que no puede ser desconocido por la Judicatura, por lo que cuando una persona reintegra lo apropiado, ello necesariamente implica que deba hacerse acreedor de los correspondientes descuentos punitivos de una cuarta parte de la pena a imponer.
* La pena de cincuenta y cinco meses de prisión acordada entre las partes en momento alguno desbordaba los limites propios del principio de legalidad por cuanto: a) La ley es clara que al momento de preacordar se deba partir del delito de mayor entidad, y que la pena por los otros delitos se deba aumentar hasta en otro tanto, lo cual se cumplió en el presente asunto ya que esas penas se incrementaron en seis meses; b) El descuento punitivo de la tercera parte era el que se debía aplicar si se tenia en cuenta la fase del proceso en la que las partes preacordaron.
* La Fiscalía en momento alguno pudo acreditar que el procesado JACM hubiese obtenido algún tipo de incremento patrimonial como consecuencia de la comisión de los delitos enrostrados en su contra, y pese a que el procesado no tuvo ningún beneficio económico, en aras de honrar lo prometido a la administración de justicia, decidió reintegrar la suma de dinero aproximada a unos $20 millones, lo que fue producto de dividir entre los cinco procesados la suma global establecida como el detrimento patrimonial irrogado al municipio de Dosquebradas.

Tal distribución a prorrata es algo que ha sido avalado por varios precedentes emanados de la Corte Suprema de Justicia en los cuales se autoriza para que en los casos de coautoría relacionados con delitos en contra de la administración pública, los procesados puedan hacer reintegros parciales.

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** expuso que concordaba con varios de los reproches formulados en contra de la providencia confutada, porque las penas acordadas entre las partes no desbordaban lo regulado por el principio de legalidad, y por ello a la pena tasada por el delito de peculado en momento alguno se le podían aplicar los incrementos punitivos consagrados en el inciso 2º del artículo 397 C.P.

De igual manera la no recurrente expuso que no podían ser catalogados como irrisorios los incrementos punitivos de hasta otro tanto que se le efectuaron a los delitos acompañantes del delito sancionado con pena mayor, por cuanto la tasación de esos incrementos punitivos se hizo conforme a lo regulado en el Código Penal.

Finalmente, la no recurrente adujo que la Fiscalía por equidad acudió a la tasación a prorrata de los dineros que le corresponderían reintegrar a cada uno de los procesados, porque al Ente Acusador le quedaba muy complicado precisar cuál era el monto de los dineros apropiados por cada uno de los encausados.

Por ello expresó que sí en el proceso estaba demostrado que los procesados habían reintegrado más de la mitad de los dineros apropiados, era obvio que, ante la presencia del fenómeno del reintegro parcial, tenían derecho a que se le reconociera un descuento punitivo equivalente a una cuarta parte de la pena a imponer.

**- El apoderado de la víctima**, solicitó la confirmación del proveído opugnado, porque las letras de cambio presentadas por los procesados para avalar el pago del saldo del 50% de los dineros apropiados, por tratarse de una garantía personal y no real, no avalaban el pago efectivo de esa suma en caso de presentarse el fenómeno de la insolvencia por parte de los procesados.

**- La apoderada de la Contraloría municipal de Dosquebradas,** expuso que los procesados debían presentar mejores avales que garantizaran el pago del saldo de los dineros públicos apropiados.

**- El representante del Ministerio Público,** deprecó la confirmación del proveído confutado porque ante la existencia de unos nudos gordianos que impedían la celebración de un preacuerdo, no era obligación de la Fiscalía el insistir de manera perenne en la tramitación de un preacuerdo, y por ende su deber no era otro diferente que el de proseguir con el juicio.

De igual manera el Procurador Judicial Penal no apelante expuso que en el preacuerdo se desconoció lo regulado en el artículo 397 C.P. el cual establecía que las penas tasadas debían incrementarse hasta en la mitad cuando lo apropiado exceda la cuantía de los 200 *s.m.m.l.v.*

Además, adujo no se podía ignorar que los incrementos punitivos de tres meses impuestos a cada uno de los delitos acompañantes del delito principal no se compadecían con la gravedad de la conducta, lo que implicaba que se le enviara un mal mensaje a la comunidad en el sentido consistente en que *el delito si paga.*

Por otra parte, el no recurrente expuso que las letras de cambio giradas por los procesados para garantizar el pago del remanente, por tratarse de una garantía personal, en momento alguno garantizaban el eficaz pago del 50% faltante.

**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 una providencia interlocutoria proferida en primera instancia por un Juzgado Penal del Circuito que hace parte de este Distrito judicial.

**- Problema Jurídico:**

Del contenido de la tesis de la inconformidad formulada por la recurrente y de lo dicho por lo no apelantes al ejercer su derecho de réplica, a juicio de la Sala se desprende el siguiente problema jurídico:

¿Se cumplían con los presupuestos necesarios para que el Juzgado de primer nivel pudiera impartirle aprobación al preacuerdo signado entre la Fiscalía y la Defensa del procesado JACM?

**- Solución:**

Al efectuar un análisis del contenido de la controversia surgida en el presente proceso, observa la Sala que la misma tiene que ver con los fundamentos de hecho y de derecho invocados por el Juzgado de primer nivel para improbar el preacuerdo signado entre la Fiscalía y la Defensa del procesado JACM.

En tal sentido se tiene que los argumentos invocados por el Juzgado de primer nivel para no impartirle aprobación al preacuerdo básicamente consistieron en aducir que: a) Las penas pactadas entre las partes no cumplían con los presupuestos que orientan al principio de legalidad, sumado que las mismas, frente a la gravedad del perjuicio ocasionado, no se compadecían para nada con el principio de proporcionalidad; b) Las partes aplicaron unos descuentos punitivos que eran de resorte exclusivo de la Judicatura; c) Las sumas tasadas a prorrateo por la Fiscalía no satisfacían con el requisito del reintegro en atención a que se desconocía los fundamentos a los que acudió el Ente Acusador para precisar a cuanto ascendía la suma de dineros que en efecto fue apropiada por cada uno de los encausados; a lo que se le debía sumar que las letras giradas por los procesados como aval para garantizar el pago del remante, por ser garantías personales, no generaban la confianza necesaria y suficiente como para poder determinar que en efecto los procesados en verdad podían cumplir con el pago del saldo restante.

Como bien se sabe, la Defensa del procesado JACM, al expresar su inconformidad con lo resuelto y decidido por parte del Juzgado de primer nivel, adujo que: a) Las penas pactadas entre las partes eran respetuosas del principio de legalidad; b) Los descuentos punitivos por reintegro son un derecho que le asiste al procesado cuando se cumplan con los requisitos que se tornan como necesarios para que tenga lugar ese fenómeno; c) En los casos de coautoría llevada a cabo en delitos en contra de la administración pública, a fin que se satisfaga el requisito del reintegro, la jurisprudencia de la Corte ha avalado que los procesados puedan reintegrar la parte especifica que les correspondió y no el total de los dineros defraudados.

A fin de determinar sí le asiste o no la razón a los reproches formulados por la recurrente en contra de lo resuelto y decidido por el Juzgado de primer nivel, la Sala necesariamente debe de tener como hecho cierto e indiscutible el consistente en que en efecto las partes suscribieron un preacuerdo en virtud del cual:

* Se estableció que el monto de lo apropiado por cada uno de los procesados ascendía a la suma de $30’713.240, de la cual el procesado LFLM había reintegrado la suma de $20.000.000; mientras que el también procesado JACM reintegró la suma de $19’357.000.
* Se consignó que los saldos, o sea las respectivas sumas de $10.713.240 y de $11’356.240, serian cancelados por los procesados en 18 y 36 cuotas mensuales, y para ello garantizarían su pago mediante la expedición de unas letras de cambio.
* Los procesados admitían su responsabilidad por incurrir en la comisión de los delitos de peculado por apropiación; falsedad ideológica en documento público y contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, a cambio de que la Fiscalía les reconozca un descuento punitivo equivalente a una tercera parte de la pena a imponer.
* Las partes pactaron una pena efectiva a imponer correspondiente a 55 meses de prisión, y para su tasación acudieron a los siguientes derroteros:
* Al estar en presencia de un concurso de delitos, se tomará como delito base el reato de peculado por apropiación, del cual se aplicará la pena mínima que correspondería a 96 meses de prisión. Pero como quiera que en el presente asunto tuvo lugar el fenómeno del reintegro parcial, ello implicara que los procesados deban hacerse merecedores de un descuento punitivo equivalente a la cuarta parte, que al ser aplicado a la pena de 96 meses de prisión arrojaría una pena de 72 meses de prisión.
* Las penas por los delitos acompañantes se aumentarán en 06 meses, o sea 03 meses por cada uno de ellos, lo que al sumarse con la pena impuesta por el delito principal daría como resultado una pena de 78 meses de prisión.
* A la pena de 78 meses de prisión se le efectuara el descuento de la tercera parte, quedando de esa forma en una pena de 52 meses, la que se incrementara en 03 meses más, por estar en presencia de una circunstancia de mayor punibilidad, quedando de esa forma en una pena de 55 meses de prisión.

Teniendo en claro en que consistió el preacuerdo, así como las razones por las que el mismo fue improbado por parte del Juzgado *A quo*, como cuales fueron los motivos aducidos por la apelante para considerar que el Juzgado de primer nivel se equivocó al no impartirle aprobación al susodicho preacuerdo, la Sala desde ya anunciara que no era factible impartirle aprobación a lo estipulado en ese preacuerdo entre las partes, porque en efecto no se satisfacía con el cumplimiento del requisito del reintegro consagrado en el artículo 349 C.P.P. sumado a que las penas acordadas entre las partes no se encontraban en consonancia con los postulados que orientan a los principios de legalidad y de proporcionalidad; por ello, considera la Sala que hizo bien el Juzgado de primer nivel al momento de no impartirle aprobación a lo preacordado entre las partes.

Para poder llegar a la anterior conclusión, es menester que se tenga en cuenta que la Sala en este mismo proceso, en un pasado no muy remoto, al desatar un pretérito recurso de apelación interpuesto en contra de una providencia que no aprobó un preacuerdo, en la que se prorrateó las sumas de dinero que le correspondería pagar a cada uno de los procesados para que se pudiera cumplir con el requisito de reintegro, la Colegiatura expuso las razones de hecho como de derecho por las cuales cuando se presentaba el fenómeno de la coautoría impropia, no era factible acudir a la formula del prorrateo, y por ende el procesado que pretenda preacordar le tocaba cancelar la totalidad de los dineros públicos esquilmados, y no la suma de dinero que a juicio de las partes le correspondió como consecuencia del reparto del botín.

En tal sentido, en esa oportunidad la Sala dijo lo siguiente:

“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.

(:::)

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.

**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…**.”[[1]](#footnote-1).

Lo antes expuesto nos enseña que en este asunto la Colegiatura, en un pasado reciente, ya se había pronunciado sobre la imposibilidad de acudir a la formula del prorrateo para establecer el monto de los dineros que a alguno de los procesados le tocaría reintegrar como requisito para poder preacordar, lo cual se constituía en ley para el proceso que debía ser acatada por las partes. Por ello no entendemos el porque la Fiscalía y la Defensa de manera alegre y desinteresada decidieron *ningunear* lo resuelto y decidido por la Colegiatura para de esa forma volver a presentar un nuevo preacuerdo en el que se consignaron clausulas similares a aquellas que en el pasado fueron despachadas de manera desfavorable por la Colegiatura.

Ahora bien, se dice por parte de la recurrente que lo preacordado entre las partes dizque se encontraba en consonancia con unos precedentes jurisprudenciales en virtud de los cuales se establecía la procedencia del reintegro a prorrata en los eventos de coautoría impropia; por lo que en el presente asunto, pese a la existencia de la coautoría, era factible que los procesados reintegraran una porción de los dineros apropiados y no su monto total.

Frente a lo anterior la Sala dirá que la recurrente se encuentra nuevamente equivocada porque sí lo que pretende es que se aplique en el presente asunto el contenido de la sentencia de casación del 25 de agosto de 2021 proferida dentro del SP3738—2021—Rad. # 57905, ello no es factible por cuanto las premisas factuales consignadas en ese proceso difieren diametralmente de las habidas en el asunto que concita la atención de la Colegiatura, como bien, de manera reciente, la Sala lo hizo saber en un proceso de estirpe similar al seguido en contra del procesado JACM, en el cual la Fiscalía sagazmente pretendió que se aplicara por analogía el aludido precedente jurisprudencial.

En esa providencia la Sala expuso los siguientes argumentos, los que como anillo al dedo cabrían en el presente proceso:

“No es cierto, como erradamente lo reclaman los recurrentes, que se deba aplicar analógicamente en el presente asunto lo resuelto y decidido por la Sala de Casación Penal de la C.S.J. en la sentencia del 25 de agosto de 2021 proferida dentro del SP3738 — 2021— Rad. # 57905 — por cuanto, como acertadamente lo adujo tanto el Juzgado de primer nivel como el representante del Ministerio Público, se trata de un caso que contiene unas premisas fácticas diferentes de aquellas habidas en el asunto puesto a consideración de la Judicatura, lo que impediría su aplicación analógica, y por ende la solución dada en ese precedente jurisprudencial no es factible que pueda ser aplicada al presente asunto por estar en presencia de eventos que se encuentren dentro de un contexto factual que no puede ser catalogado como similar, afín o análogo.

Para demostrar lo antes dicho, solo basta con cotejar las premisas factuales de ambos casos, de las que se tiene: a) En el caso tratado por la Sala de Casación Penal de la C.S.J. en la sentencia del 25 de agosto de 2021 proferida dentro del SP3738 — 2021— Rad. # 57905 — se tuvieron como premisas fácticas las consistente en que un Juez Laboral se amangualó con unos abogados para defraudar las arcas de Colpensiones al otorgarle de manera indebida unas pensiones de vejez a unas personas que no cumplían con los requisitos de jubilación. Como consecuencia de esas delincuencias a Colpensiones se le ocasionó un detrimento patrimonial que ascendió a la suma de $3.129.988.682,00 de la cual el procesado percibió el valor correspondiente al 10% del total de la defraudación; b) En el caso específico puesto a consideración de la Sala, acorde con el contexto fáctico consignado tanto en la formulación de la imputación como en el libelo acusatorio, se está en presencia de un Secretario de Gobierno que se asoció con unos particulares para defraudar patrimonialmente al municipio de Dosquebradas al adjudicarle un contrato, o sea el convenio de asociación # 803 del 16 de septiembre de 2.016, a una fundación de papel que no cumplía con los requisitos de ley. Tal situación suscitó que el contrato nunca se cumpliera, ya que su ejecución solo tuvo lugar en el papel, lo que a su vez facilitó que el municipio de Dosquebradas sufriera un detrimento patrimonial equivalente a la suma de $308.719.382,00 que quedó en los ávidos bolsillos de terceras personas.

De lo antes expuesto se desprende que las premisas fácticas del caso tratado por la Sala de Casación Penal de la C.S.J. estaban ancladas en el supuesto factual consistente en que un Juez laboral, luego de asociarse con unos particulares, obtuvo un incremento patrimonial de $312.998.868,20 equivalente al 10% de la suma global esquilmada a Colpensiones, la que ascendió a $3.129.988.682,00. Lo que difería de los supuestos factuales del caso puesto a consideración de la Judicatura, los cuales se cimentaron en las premisas que tenían que ver con la asociación que hizo un servidor público con ciertos individuos, para de esa forma permitir que terceras personas se apropiaran de la suma de $308.719.382,00 por obra y gracia de la adjudicación de un contrato a una fundación de papel.

Como se podrá observar, se trata de premisas fácticas diametralmente diferentes, porque mientras que en uno de esos casos se partió del supuesto consistente en que el procesado, con su reprochable proceder, permitió que terceras personas se apropiaran de la suma de $308.719.382,00, sin que se especificara sí le dieron o no, a modo de compensación, algo de ese botín por participar en esa felonía. Mientras que en el otro caso se hace mención expresa de una persona que de manera específica recibió por parte de terceras personas un porcentaje equivalente al 10% de las sumas totales defraudadas a una Entidad Pública, la que ascendía a $3.129.988.682,00.

**TODO LO ANTES DICHO NOS QUIERE DECIR QUE LA FISCALÍA, EN SU INCANSABLE DESESPERO POR CONSEGUIR LA APROBACIÓN DE UN PREACUERDO QUE EN EL PASADO FUE IMPROBADO, DE MANERA INCORRECTA, LO ÚNICO QUE HIZO FUE MUTAR DE FORMA ACOMODADA EL NÚCLEO ESENCIAL DE LOS SUPUESTOS FÁCTICOS CON LAS CUALES CIMENTÓ LA FORMULACIÓN DE LA IMPUTACIÓN Y EL LIBELO ACUSATORIO, EL ADICIONAR UNAS NUEVAS PREMISAS FÁCTICAS QUE NO HICIERON PARTE DE LOS ANTES ENUNCIADOS ACTOS PROCESALES, LO QUE LE PERMITIÓ ESTABLECER, COMO HECHO NOVEL, QUE COMO CONSECUENCIA DEL DELITO DE COHECHO IMPROPIO, EL PROCESADO OBTUVO UNA RETRIBUCIÓN PATRIMONIAL DE CINCO MILLONES DE PESOS QUE LE FUE EFECTUADA POR TERCERAS PERSONAS A MODO DE PAGO POR SUS DELINCUENCIAS.**

**TAL PROCEDER DE LA FISCALÍA ES ALGO QUE ESTÁ VEDADO EN EL ESCENARIO DE LOS PREACUERDOS, QUIEN COMO SE DIJO EN EL PASADO, NO PUEDE MODIFICAR A SU ANTOJO Y ACOMODO EL CONTENIDO DE LOS HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES CONSIGNADOS TANTO EN LA FORMULACIÓN DE LA IMPUTACIÓN COMO EN LA ACUSACIÓN…”.[[2]](#footnote-2)**

En ese orden de ideas, sí lo que la Defensa pretende, acolitado por la Fiscalía, es establecer que los procesados percibieron para sí una parte de los dineros rapiñados, según se afirma, al municipio de Dosquebradas, tal situación implicaría una vedada mutación del núcleo factico de la acusación, en el cual se estableció que presuntamente los procesados se confabularon con un particular para esquilmarle al aludido municipio la suma $153.566.200, mediante un fraudulento contrato de asociación que no cumplía con los requisitos de ley.

Lo anterior nos quiere decir que las premisas fácticas de los hechos jurídicamente relevantes cabalgaban en la hipótesis consistente en que los acusados se amangualaron para favorecer a un tercero con el producto de la comisión de un delito de peculado, y por ende al establecer que entre ellos se repartieron el botín en partes iguales, lo único que se estaría haciendo es agregarle nuevas premisas fácticas a la acusación, lo que, como ya se dijo, es algo vedado por cuanto se afectaría su núcleo factico.

Todo lo antes dicho incide para que la Sala le dé algo razón a los alegatos presentados como no recurrente por parte del representante del Ministerio Público, porque en efecto se está en presencia de un *nudo gordiano* — el incumplimiento por parte de los procesados del requisito del reintegro — ya que no era factible prorratear el monto de los dineros defraudados al municipio de Dosquebradas, lo que de manera negativa conspiraba para que los procesados pudieran acceder a la formula de los preacuerdos como mecanismo de terminación anticipada del proceso penal, y por ende a la Fiscalía le asistía la obligación de proseguir con el proceso en vez de insistir, de manera tozuda, en la suscripción de preacuerdos en los que, como consecuencia de lo pactado, de manera alegre e irresponsable se desconocían pretéritas decisiones judiciales, que se erigían como ley para el proceso, en las que se establecía que ello no era factible.

En fin, lo dicho hasta ahora es suficiente para que la Sala avale la decisión del Juzgado de primer nivel de no imprimirle aprobación al preacuerdo signado entre las partes por cuanto, como lo logró demostrar la Colegiatura, lo pactado entre ellos no satisfacía con el cumplimiento del requisito del reintegro.

Pese a lo anterior, en el más lejano y remoto de los eventos en los que se diga que en el presente asunto se cumplía con el requisito del reintegro, de todas maneras lo preacordado entre las partes estaba destinado al fracaso porque las penas pactadas no satisfacían los requisitos que orientan al principio de legalidad.

Lo anterior lo decimos con base en los siguientes argumentos:

* Cuando, ante la presencia del fenómeno del reintegro parcial, se pactaron los descuentos punitivos de hasta una cuarta parte que se le aplicó a la pena mínima del delito de peculado por apropiación, las partes partieron del supuesto errado al considerar que se estaba en presencia de una circunstancia modificadora de los limites punitivos, cuando ello no es así porque *«las reducciones de pena por reintegro en los delitos contra la administración pública no generan la modificación de los extremos legislativos de la pena, sino que por tratarse de una conducta postdelictual se aplican únicamente en la fase de la determinación judicial de la pena, esto es, que verificado el procedimiento de tasación de la sanción, de ella se deduce, en la proporción que corresponda al monto del reintegro y al estadio procesal en que se haya realizado, la cantidad que corresponda…»*[[3]](#footnote-3).

Lo antes expuesto nos quiere decir que no es correcta la pena de 72 meses de prisión tasada para el delito de peculado por apropiación como consecuencia de haber operado el fenómeno del reintegro, porque de haberse tenido en cuenta que se estaba en presencia de una circunstancia postdelictual, ello nos quiere decir que al aplicarse el descuento de *hasta una cuarta* parte consignado en el inciso 3º del articulo 401 C.P. a la pena mínima de 96 meses de prisión, ello arrojaría como penas la de 80.38 meses de prisión para el procesado LFLM, y la de 80.88 meses de prisión para el también procesado JACM.

Para poder llegar a las anteriores penas, las partes debieron haber llevado a cabo las siguientes operaciones de dosimetría punitiva:

* Precisar el porcentaje del reintegro habido entre los dineros apropiados y los dineros devueltos. Lo cual se obtiene al establecer cual es el porcentaje de lo devuelto frente a lo apropiado.

Así se tiene que la Defensa, acolitada por la Fiscalía, de manera errada adujo que el procesado JACM dizque se apropió de la suma de $30.713.240 — lo que es falso porque, como ya se dijo, los dineros apropiados correspondían a la cuantía de $153.566.200 — de los que reintegró la suma de $19.357.000 por lo que para establecer el porcentaje del factor de reintegro necesariamente se debe de acudir a una operación aritmética en la que el 100% correspondería a la suma defraudada de $30.713.240, para de esa forma establecer a que porcentaje equivaldría la suma de $19.357.000.

Dicha operación aritmética quedaría reflejada de la siguiente manera:

X = 100\*19.357.000 ÷ 30.713.240 = 63.02%.

* Posteriormente se deberá determinar a cuanto asciende el porcentaje de descuento punitivo, y para ello debemos partir de la pena individualizada, la que en este caso fue tasada por las partes en 96 meses de prisión, a la que se le sacará una ¼ parte, arrojando de esa forma un descuento equivalente a 24 meses de prisión.
* Una vez obtenido eso dos ítems, se procede a precisar el factor de proporcionalidad, para lo cual a esos 24 meses se le debe de sacar 63.02%, arrojando de esa forma un porcentaje equivalente al 15.12%, como bien nos lo indica la siguiente operación aritmética:

X = 63.02\*24 ÷100 = 15.12%.

* Finalmente, al anterior guarismo, o sea el de 15.12 se le resta a la pena inicialmente impuesta, que en este caso sería de 96 meses de prisión, para arrojar de esa forma una pena efectiva de 80.88 meses de prisión, que seria la pena a imponer en el evento de aplicarse como circunstancia postdelictual los descuentos punitivos de hasta ¼ parte cuando se presenta el fenómeno del reintegro parcial en los eventos relacionados con la comisión del delito de peculado por apropiación.
* Al momento de tasar el monto de las penas por los delitos acompañantes al reato de peculado por apropiación, no se tuvo en cuenta que acorde con lo reglado en el artículo 31 C.P. se tiene que ese incremento de *hasta otro tanto* se puede hacer ciñéndose a los siguientes criterios: a) Dicho incremento *«no puede superar el doble de la sanción calculada para el delito más grave, constituido como marco de referencia para la adición de las penas relativas a los ilícitos que concursan con el delito base…»[[4]](#footnote-4)*; b) Las penas impuestas no pueden ser superior *«a la suma aritmética de las que corresponderían si el juzgamiento se realizara separadamente para las distintas infracciones…»[[5]](#footnote-5).*

Por lo que de haberse tenido en cuenta dichas reglas jurisprudenciales, seguramente que las partes al tasar los incrementos punitivos de hasta otro tanto por los delitos acompañantes, seguramente que jamás de los jamás habrían fijado esas penas en la pírrica suma de tres meses para cada uno de los delitos remanentes que integraban el concurso de conductas punibles

En suma, la Sala concluirá que al estar equivocados los reproches que la apelante efectuó en contra del proveído confutado, debido a que el Juzgado de primer nivel procedió correctamente cuando decidió no imprimirle aprobación al preacuerdo que le fue puesto a su consideración por las partes, la única salida que nos queda no es otra diferente que la de confirmar la providencia confutada.

A modo de colofón, en lo que tiene que ver con la audiencia de lectura de la presente decisión de 2ª instancia, la Sala, por economía procesal, se abstendrá de llevar a cabo dicha vista pública por ser esta un acto procesal que se puede considerar como innecesario e irrelevante, y en tal sentido se ordenara que por Secretaría, acorde con lo regulado en el artículo 8º de la ley # 2.213 de 2.022, se lleve a cabo la notificación personal del presente proveído mediante la remisión de copias del mismo a la dirección de correo electrónico suministrada por las partes e intervinientes.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la providencia interlocutoria proferida 22 de agosto hogaño por parte del Juzgado 2º Penal del Circuito de Dosquebradas, mediante el cual se improbó un preacuerdo signado entre la Fiscalía y la Defensa.

**SEGUNDO: ORDENAR** que por Secretaría se proceda a notificar a las partes y demás intervinientes del contenido de esta providencia mediante la remisión de copias de la misma vía correo electrónico, tal y cual como lo regula el artículo 8º de la ley # 2.213 de 2.022 que avala ese tipo de notificaciones.

**TERCERO: DECLARAR** que en contra de la presente decisión de 2ª instancia no procede recurso alguno.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JULIÁN RIVERA LOAIZA**

Magistrado

1. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Penal: Providencia del 20 de agosto de 2.020. Rad. # 660016000036201705452-01. M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA. (Mayúsculas en negrillas fuera del texto original). [↑](#footnote-ref-1)
2. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala De Decisión Penal: Providencia del 30 de junio del 2.022. Rad. # 11 001 60 00000 2020 00697 01. M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA. (Mayúsculas en negrillas fuera del texto original). [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal: Sentencia del 13 de octubre de 2004. Rad. # 22778. [↑](#footnote-ref-3)
4. C.S.J. Sala de Casación Penal: Sentencia del 16 de abril de 2008. Rad. # 25304. [↑](#footnote-ref-4)
5. C.S.J. Sala de Casación Penal: Sentencia del 15 de mayo de 2.003. Rad. # 15868. [↑](#footnote-ref-5)