



SALA PENAL

Medellín, dieciocho (18) de agosto de dos mil veinte (2020)

Aprobado en la fecha, acta Nro. 62

Radicado Nro. 05 001 60 00 000 2019 01259

Delitos: peculado por apropiación, asociación para la comisión de delitos contra la Administración Pública, interés indebido en la celebración de contratos, contrato sin cumplimiento de requisitos legales

Acusado: Juan Carlos Castaño Rico

Sentencia de Segunda Instancia N° 11

Magistrado Ponente: César Augusto Rengifo Cuello

Lectura: viernes 21 de agosto de 2020. Hora: 08:00 a.m.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica del acusado JUAN CARLOS CASTAÑO RICO, en contra de la sentencia emitida el 18 de junio de 2020 por la Juez Penal del Circuito de Girardota, Antioquia, quien en cumplimiento de sus funciones de conocimiento y tras la aceptación pura y simple de los cargos efectuado por parte del acusado, profirió condena en su contra como coautor de un concurso heterogéneo de peculado por apropiación, interés indebido en la celebración de contratos, contrato sin cumplimiento de requisitos legales, asociación para la comisión de un delito contra la administración pública, de conformidad con los artículos 397 inc.2°, 409, 410 y art. 434 del C. Penal.

ACONTECER FÁCTICO

Las afirmaciones fácticas se contraen a la asociación ilegal orquestada por el acusado de profesión abogado, en su calidad de Asesor Jurídico y Jefe de

Contratación del Municipio de Barbosa, Antioquia, y otros servidores públicos y particulares en calidad de contratistas, para cometer delitos contra dicha administración pública entre el 1º de enero de 2016 y junio de 2018, durante el mandato del alcalde EDISON GARCÍA RESTREPO, apoderándose de dineros públicos por medio de contratos con personas naturales, entidades sin ánimo de lucro y/o establecimientos de comercio, sin experiencia ni reconocida idoneidad, o que en verdad no tenían dicha calidad, o simplemente fueron creados como fachada para la comisión de los ilícitos.

Entre estos contratos se relacionan algunos suscritos con la ESAL CODEIVA cuya representante legal era VERÓNICA JOHANA OLARTE; MANOS CREATIVAS, CORPORACIÓN CONSTRUIR IDEAS, CORPO IDEAS, bajo la representación legal de OSCAR PARRA VELÁSQUEZ; y FRANCISCO LUÍS MADRID Y/O ANTIOQUEÑA DE SERVICIOS, quedando en evidencia el interés indebido en la celebración de contratos en provecho propio y de terceros, realizando anticipos por encima del 50% de su valor, y generando sobrecostos injustificados; confluendo además las figuras de contratante y contratistas ya que los dueños de dichas ESALES eran servidores públicos con funciones directas en la contratación estatal, para un total de 45 hallazgos o contratos irregulares.

Por manera que, en términos generales, durante el periodo comprendido entre el 1º de enero de 2016 y junio de 2018, el servidor público se apropió en provecho de terceros (alcalde, primera dama del municipio, secretarios de despacho, contratistas) de un total de \$2.536.643.755 que hacían parte del erario.

ACTUACIÓN PROCESAL

- La primera de las imputaciones se realizó el 20 de octubre de 2018, ante la Juez Séptima Penal Municipal de Medellín con Funciones de Control de Garantías, entre otros, al señor JUAN CARLOS CASTAÑO RICO, dentro de la investigación con C.U.I. 05-001-60-08784-2017-00050, sin aceptación de los cargos.

*- En total los delitos imputados como coautor de un **concurso heterogéneo de delitos** fueron: **peculado por apropiación** (art. 397, inc.2º del C. Penal), **interés indebido en la celebración de contratos** (art. 409 del C. Penal) estas dos ilicitudes en modalidad de delitos continuados, **contrato sin cumplimiento de***

requisitos legales (art. 410 del C. Penal), y **asociación para cometer delitos contra la Administración Pública** (art. 434 del C. Penal).

-La segunda imputación se llevó a cabo el 28 de octubre de 2019 ante el Juez Promiscuo Municipal de Barbosa, Antioquia, dentro del proceso con C.U.I. **01-001-60-00718-2019-00061**, por hechos similares sin variación respecto de los cargos imputados en la primera imputación, entre otros, a CASTAÑO RICO, mediando la aceptación unilateral de la responsabilidad penal de su parte.

- En sesión del día 29 de octubre de 2018 a petición del ente acusador se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en reclusorio al imputado CASTAÑO RICO.

- En el caso matriz **2017-00050**, la Fiscalía presentó escrito de acusación calendarado el 15 de febrero de 2019, sin variaciones a la imputación fáctica, y en cuanto a la **imputación jurídica** consignando que los delitos de **interés indebido en la celebración de contratos y contrato sin cumplimiento de requisitos legales** se enrostran en la **modalidad de delitos continuados**, cuyo conocimiento le correspondió a la Juez Penal del Circuito de Girardota, Antioquia, ante quien se celebró audiencia de formulación de acusación el 12 de julio de 2019 en contra de tres de los coprocesados, a saber, Edison García Restrepo, Duberlery Jiménez Betancur y **Juan Carlos Castaño Rico**, aclarando el ente persecutor en lo que interesa a este último, que era la persona encargada de definir el tipo y modalidad de contratación, y frente al delito de interés indebido en la celebración de contratos la premisa fáctica se extiende desde el 1º de enero de 2016 al 30 de diciembre de 2017.

- La audiencia preparatoria se agotó en sesiones adelantadas el 10 y 11 de octubre de 2019, y una tercera el 17 de octubre de 2019, al final de la cual JUAN CARLOS CASTAÑO RICO aceptó unilateralmente los cargos de la acusación generándose la ruptura de la unidad procesal, asignándosele a su caso el número SPOA **05- 001-60- 00000- 2019-01259**.

- Las previsiones del art. 447 de la ley 906/04, para la individualización de la pena y la sentencia, se agotaron el 29 de mayo de 2020, oportunidad en la que por conexidad se anexó a la actuación el expediente identificado con **CUI 05-001-60-**

00718-2019-0006, manifestando **la Fiscalía** que el acusado carece de antecedentes penales, que los delitos son de carácter funcional, y que el agente dejó de desempeñar su cargo en el año 2018, sin que exista evidencia del incremento patrimonial concreto, ni posibilidad de seguir la trazabilidad del dinero fruto del peculado.

Por su parte el **representante del Municipio de Barbosa, Antioquia**, adujo encontrarse conforme con que el despacho dosifique la pena a imponer. De otra parte, en lo que hace a la exigencia del art. 349 de la ley 906/04 sobre reintegro del incremento patrimonial injustificado, considera que solo se aplica en casos de preacuerdos, a lo que se suma que no se demostró incremento patrimonial en cabeza del procesado. Frente a la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, sostiene que no existe restricción para su reconocimiento respecto de delitos contra la administración pública.

A su vez el **representante del Ministerio Público** solicita que se parta del mínimo de la pena a imponer y se tenga en cuenta si acorde al momento del allanamiento se evitó o no desgaste a la Administración de Justicia, a lo que se suma que no hay lugar a reintegro de un dinero que no llegó a las arcas del acusado. En cuanto a la concesión de subrogados penales o mecanismos sustitutivos, existe expresa prohibición legal consagrada en el art. 68A del C. Penal para su reconocimiento en este tipo de casos, sin excepciones.

En tanto **la defensa** del allanado deprecia que se parta del mínimo de la pena y se conceda la máxima rebaja posible en atención a que, si bien en uno de los procesos el allanamiento se produjo en la formulación de imputación, y en el otro en audiencia preparatoria, considera que el ahorro debe medirse en consideración al estudio y análisis que demandarían el exponencial número de folios que componen el expediente y las pruebas descubiertas por las partes.

Finalmente solicita que se le conceda a su prohijado el mecanismo sustitutivo del art. 38 del C. Penal con base en dos circunstancias: la condición de padre cabeza de familia y la colaboración eficaz con la justicia, a lo que se suma el riesgo de contraer el virus del COVID-19 en virtud de la actual situación de salubridad pública y hacinamiento en las cárceles del país.

Lo primero en razón a que el acusado vela por su madre de 78 años, ya que sus dos hermanas tienen conformados sus hogares y no pueden encargarse de la matrona, además, porque su representado responde económica y afectivamente por dos hijas menores de edad con quienes compartía los fines de semana, pues la progenitora de las pequeñas perdió su empleo lo que las llevó a trasladarse a una pequeña casa en la que viven sus abuelos. Aunado a lo anterior, la letrada sostiene que varios de estos adultos soportan dificultades en su salud mental, trastornos emocionales y depresión, lo que exige la presencia del acusado en el hogar.

Lo segundo, por cuanto de la entrevista y la información que su apadrinado habría suministrado a un investigador de la Fiscalía, y la posibilidad de rendir testimonio sobre el modus operandi en el proceso matriz.

- Consecuente con la aceptación unilateral de cargos la a quo emitió sentencia condenatoria cuya lectura se realizó el 18 de julio de 2020, imponiendo como pena principal la de prisión de 99 meses acompañada de una sanción pecuniaria equivalente a 2.734 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Como pena accesoria se le impuso la inhabilitación para el ejercicio de derechos públicos por espacio de 106 meses, e inhabilitación permanente para ejercer función pública, por elección, designación, contrato, de manera directa o por interpuesta persona, en los términos del art. 122 de la Constitución Política. Sin derecho a la suspensión de la ejecución de la pena ni la prisión domiciliaria por no cumplir con los requisitos objetivos que demanda la ley para su reconocimiento.

- La anterior decisión dejó inconforme a la defensa del condenado, concretamente en lo que tiene que ver con la tasación de la pena y la negación de la posibilidad de sustituir la prisión en centro de reclusión, interponiendo el recurso vertical de apelación que se apresta a resolver esta Sala.

SOBRE LOS FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA APELADA

Tras realizar las constataciones de rigor respecto del mínimo probatorio que se exige en casos de aceptación unilateral de los cargos, así como las verificaciones en punto de la materialidad de las infracciones y su tipicidad, así como la responsabilidad del acusado, y lo que hace a la manifestación unilateral de culpabilidad libre, consciente, voluntaria, y debidamente informada, fincó la

funcionaria en dicho material de convicción y en el allanamiento a cargos la sentencia de condena por los delitos de la acusación, sin evidenciar además causal exigente de responsabilidad o que el acusado sea inimputable, imponiendo como pena principal 99 meses de prisión y multa equivalente a 2.734 smlmv, y como accesoria la inhabilitación para el ejercicio de derechos públicos por espacio de 106 meses, y la inhabilitación permanente de que trata el art. 122 de la Constitución Política, sin derecho a la suspensión de la ejecución de la pena ni la prisión domiciliaria.

En lo que atañe a la obligación de reintegrar el incremento patrimonial fruto de la conducta punible de que trata el art. 349 de la ley 906/04, tras un detallado recuento jurisprudencial, y analizar las características de los preacuerdos y los allanamientos, sentando su posición al respecto, señala que se aparta del criterio que viene sosteniendo la CSJ, SP, a partir de la decisión SP 14.496-2017, rad. 39.831 del 27 de septiembre de 2017, pues considera que jurídicamente no es posible equiparar las figuras, y en consecuencia no resulta exigible en procesos como el que ocupa la atención de la Sala la exigencia del art. 349 en mención.

En lo que hace al porcentaje de rebaja a reconocer por el allanamiento a cargos de un lado, considera que se fija en atención al momento procesal en que se efectúa, al efectivo ahorro en un asunto que entraña hechos complejos y multiplicidad de cargos, en el que el acusado suministró información para ayudar a su esclarecimiento, y aunque no hubo reintegro del dinero producto del peculado, tampoco se estableció incremento patrimonial a su favor.

De otra parte, señala que se debe tener en cuenta a la hora de ponderar dicha rebaja, la gravedad de los delitos con indiscutible aumento de la corrupción, que la colaboración no logra resarcir el daño causado a la confianza ciudadana y al erario del Municipio de Barbosa, y que la aceptación se realiza ad portas de cerrar la audiencia preparatoria. Así mismo, que los cargos ampliados y por los que se aceptó responsabilidad penal en imputación se conexan con posterioridad, cuando la Fiscalía ya había perfilado el material probatorio con miras a demostrar en juicio la responsabilidad del acusado, de todo lo cual se concluye que una rebaja de pena de $\frac{1}{4}$ resulta necesaria y proporcional.

En lo que tiene que ver con la gravedad de las infracciones que el acusado acepta

haber cometido, la funcionaria concluye que los delitos en los que este incurrió son graves, con evidente lesionamiento de la administración pública sin que a ciencia cierta se sepa si el dinero será recuperado, señalando que el dolo tuvo mayor intensidad. En cuanto al proceso de dosimetría penal, en aplicación de la teoría de los concursos, art. 31 del C. Penal, decide partir de la pena prevista para el delito de peculado por apropiación, 96 meses, aumentado en otro tanto por las demás ilicitudes, a razón de 12 meses por delito, lo que arroja un incremento de 36 meses, para una pena parcial de 132 meses de prisión que tras el descuento de $\frac{1}{4}$ parte de la pena en virtud del allanamiento a cargos arroja una sanción final privativa de la libertad de 99 meses

Aplicado el mismo porcentaje de rebaja por allanamiento a la sanción pecuniaria 3645 smlmv, que se obtienen de la acumulación aritmética que ordena el art. 39-4 de la ley 599/00, la funcionaria obtiene el siguiente guarismo: 2734 smlmv. Por su parte la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos públicos se fija en 99 meses, a la que se suma la inhabilitación general para ejercer funciones públicas dispuesta en el art. 122 de la CN.

Frente a la suspensión de la ejecución de la pena, señala que no procede su reconocimiento en razón a que la pena efectivamente impuesta en este proceso supera el límite de los cuatro años dispuesto en el art. 63 del C. Penal como requisito objetivo, aduciendo finalmente que tampoco se reúnen los presupuestos del art. 38B del C. Penal para el reconocimiento de la prisión domiciliaria, a lo que se suma la expresa prohibición legal para su concesión en delitos contra la Administración Pública del art. 68A ibíd.

Sobre la alegada condición de padre cabeza de familia, de un lado, sostiene que las condiciones descritas por la defensa no encajan en la situación fáctica que se pretende proteger mediante esta figura, pues, aunque las condiciones de vida cambiaron, las menores hijas del acusado cuentan con su madre y una red de apoyo conformada por la familia extensa, y en últimas el padre no era el encargado de cuidarlas. Su prole cuenta con un techo, la pensión del abuelo y apoyo emocional, incluso frente a este último aspecto el padre puede seguir en contacto con las pequeñas desde el centro de reclusión. De otro, asevera la funcionaria que pese a la edad que se dice tiene la progenitora del acusado, no se dijo que dependa o requiera de cuidados permanentes, y en todo caso sus hijas pueden

velar por ella. En conclusión, considera que la condición de padre cabeza de familia no se encuentra exclusivamente en cabeza del acusado.

En lo que hace a la reclamada colaboración eficaz con la justicia, indicando la funcionaria que la Fiscalía aclaró que, a la entrevista y la información suministrada por el investigado no se le puede dar tal calificativo, ni se habla en este caso de la aplicación del principio de oportunidad, y termina de descartar la procedencia del mecanismo sustitutivo por cuanto en el dossier de pruebas del ente acusador no se incluye el testimonio del allanado, lo que sí ocurre con otros coacusados. Finalmente señala que los delitos por los que este aceptó cargos se encuentran excluidos del beneficio previsto en el art. 6 del Decreto legislativo 546/20.

SOBRE LAS RAZONES DEL DISENSO

Los motivos de inconformidad de la defensa del acusado Juan Carlos Castaño Rico gravitan sobre dos puntos específicos, a saber, la tasación de la pena y la negativa a conceder la sustitución transitoria de la prisión en centro penitenciario.

Freten a lo primero, el motivo de discordia surge en razón a la aplicación del aumento de pena consagrado en el inc. 2° del art. 397 del C. Penal, pues en criterio de la letrada la a quo parte de un supuesto que carece de sustento fáctico y probatorio, pues no se acreditó que el procesado se apropiara de un monto que supere los 200 SMLMV, siendo este un aspecto neurálgico en el que coinciden las partes e intervinientes y que influyó negativamente en el proceso de dosimetría penal.

De forma que el yerro advertido permitió que la funcionaria partiera de los siguientes extremos punitivos que corresponden al delito de peculado por apropiación: 96 meses de prisión y 405 meses en el techo, cuando debió aplicar lo dispuesto en el inc. 3° del mencionado dispositivo normativo, pues se debe presumir que lo apropiado no supera los 50 SMLMV.

De esta manera considera que el proceso de dosimetría penal se debe ajustar a los siguientes extremos de pena: 64 meses de prisión en el mínimo y un máximo de 180 meses, una unidad mínima de multa y la inhabilitación de derechos y funciones públicas igual a la pena principal de prisión, para una pena final de prisión de 100

meses, pues no se discute el otro tanto aplicado en virtud de la teoría de los concursos, a lo que se suma que el descuento por el “allanamiento múltiple” tampoco se ajusta a un ponderado ejercicio de dosimetría, que en este caso exige tener en cuenta el indiscutible ahorro que significa no tener que ir a juicio en un complejo caso matriz que abarca múltiples pruebas decretadas a las partes.

En segundo lugar, señala que acreditó la existencia de circunstancias especiales que dan lugar a la sustitución transitoria de la prisión en centro de reclusión por la prisión domiciliaria, subsistiendo la posibilidad de inaplicar las prohibiciones en la materia dado el riesgo de contagio del virus del COVID-19 que la primera modalidad comporta actualmente para su representado que de ir a prisión soportaría el hacinamiento carcelario presente hoy en los centros de reclusión, a lo que se suma el déficit sanitario al interior de dichos establecimientos.

Estos son en síntesis los argumentos que esgrime la defensa del acusado para solicitar, de un lado, que se modifique la pena, y, de otro, que se conceda la sustitución transitoria de la prisión en centro penitenciario por la prisión domiciliaria.

INTERVENCIÓN COMO NO RECURRENTE

La señora delegada de la Procuraduría General de la Nación solicita que se desestimen los argumentos de la defensa del acusado, en primer lugar, porque el peculado por apropiación enrostrado en la formulación de imputación y acusación se enmarca dentro de la apropiación de dineros públicos a favor de terceros, circunstancia que permite la inferencia de la intervención del allanado en los hechos investigados, y del monto apropiado que generó detrimento patrimonial para el Estado, así dicho dinero no fuera a parar al peculio particular del procesado, de manera que la pena mínima se puede ubicar en 96 meses de prisión y no en 64 meses como lo reclama la censura, cuya tesis equivale a desdibujar la estructura del tipo penal que no condiciona el detrimento patrimonial, de forma que se estaría negando la participación del acusado en los hechos porque la apropiación no se realizó a su favor.

En segundo orden, considera que la rebaja de pena en virtud de la aceptación unilateral de cargos consulta un ejercicio ponderado del asunto por parte de la primera instancia, y que la negativa de la prisión domiciliaria se encuentra

debidamente fundamentada en tanto la defensa no demostró la condición de padre de cabeza del enjuiciado. Estos, en síntesis, los argumentos esgrimidos para deprecar que se confirme en su integridad la decisión de primer grado.

CONSIDERACIONES EN ORDEN A PROVEER

A la luz de lo normado en el numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906/04, es esta Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín la competente para decidir de fondo la apelación interpuesta por la defensa del acusado, siendo pertinente señalar que la competencia de la Colegiatura se restringirá a los aspectos impugnados y aquellos que resulten inescindiblemente vinculados a su objeto, teniendo en cuenta que en la apelación no se discute lo que tiene que ver con la materialidad de los delitos investigados o la responsabilidad penal del acusado en la comisión de los mismos, ni con el reintegro del incremento patrimonial de que trata el art. 349 de la ley 906/04, sin que se pueda agravar la situación del sentenciado en virtud a que su defensa actúa como único apelante, tal como lo prevé el principio de limitación y no reformatio in pejus, art. 31 de la Carta Política y 20 de ley 906/04, respectivamente. En términos generales no se avizoran causales que invaliden el trámite.

Bajo este estricto panorama y visto entonces lo que es objeto de censura, en orden metodológico es preciso que esta Magistratura se aplique en determinar si el proceso de dosimetría penal adelantado por la a quo se realizó con sujeción a las previsiones legales y constitucionales en la materia, concretamente en lo que hace a la aplicación del aumento punitivo previsto en el inc. 2° del art. 397 de la ley 599/00, así como el porcentaje de rebaja de pena en virtud de la aceptación unilateral de cargos, o, si como lo reclama la impugnante, el mismo se advierte errado y como tal exige su corrección en sede de segunda instancia. Agotado dicho examen, en segundo lugar, se entrará a determinar si procede la suspensión transitoria de la pena en centro de reclusión.

Previo a desarrollar el orden metodológico propuesto, debe señalar la Sala que no puede pasar inadvertido y observa con extrañeza el que la Fiscalía haya acusado finalmente a CASTAÑO RICO por el delito de peculado por apropiación previsto en el inc. 2° del art 397 del C. Penal, en su forma o modalidad básica, cuando desde los albores del proceso y de forma técnica le imputó dicho tipo penal en la

modalidad de delito continuado, en virtud a que la calificación jurídica de los varios y sucesivos actos de apoderamiento de dineros de las arcas públicas en cabeza del enjuiciado, es decir, acorde al sustrato fáctico dado a conocer por el mismo ente persecutor el cual encuadra en esta última modalidad, sin que dicha circunstancia fuera advertida y controlada por la primera instancia en aplicación del principio de tipicidad y estricta legalidad, misma que debe respetar la Fiscalía en la adecuación de las conductas realizadas, pues una cosa es que el ente investigador sea dueña de la acción penal, pero otra muy distinta que lo sea de la legalidad, sin que este cuerpo colegiado pueda modificar este específico aspecto del fallo en disfavor de los intereses del acusado en razón a que su defensa actúa como único apelante.

No obstante, se insiste, lo cierto del caso es que desde los albores del proceso el dossier de la imputación de cargos en contra de JUAN CARLOS CASTAÑO RICO incluyó el delito de peculado por apropiación consagrado en el inc. 2º del art. 397 del C. Penal, dispositivo normativo que para lo que interesa al objeto de debate, a su letra reza:

“Art. 397. Peculado por apropiación. (Penas aumentadas por el art. 14 de la ley 890/04). El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) meses a doscientos setenta (270) meses, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad. La pena de multa no superará los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

Continuando entonces con la hilatura y el orden propuesto por la Sala para abordar el estudio de la problemática jurídica que se le plantea en esta oportunidad, es claro que la inconformidad de la apelante estriba entonces en la aplicación del aumento previsto en el último apartado en mención, es decir, el dispuesto en el inc. 2º de la norma que viene de verse, aspecto este frente al cual no puede pasar inadvertido, tal como lo enseña la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, que “... los efectos del delito de peculado por apropiación se extienden por todo el tiempo en que el erario haya sido saqueado por efecto de la conducta inicial, lo cual fija la cuantía definitiva de la

apropiación...”¹

En otra decisión, concretamente al abordar el estudio del peculado por apropiación a favor de terceros, esto dijo el alto tribunal:

*“Está suficientemente decantado por la doctrina y la jurisprudencia que el delito de peculado por apropiación es de carácter instantáneo, por manera que se consuma cuando quiera que el bien público es objeto de un acto externo de disposición o de incorporación al patrimonio del servidor público **o de un tercero**, que evidencia el ánimo de apropiárselo.”² (Negrillas nuestras).*

Continuando con el estudio de la figura, en otra oportunidad adujo la alta corporación.

“Aunado a lo anterior, el demandante desconoce que la jurisprudencia tiene definido que el peculado por apropiación no se consuma únicamente con actos de disponibilidad material sobre los recursos públicos, que es la modalidad más básica de perfeccionamiento del delito. Es igualmente posible que se realice la descripción típica cuando el sujeto activo no detenta una relación tangible con los bienes, sino que la posibilidad de apropiación depende de su disponibilidad jurídica, derivada del ejercicio de deberes funcionales que facultan al servidor público para decidir sobre el destino de los recursos -como jueces y funcionarios administrativos con potestades presupuestales-.

Dichos servidores públicos, acorde con la jurisprudencia (cfr. CSJ SP9235-2017, rad. 49.020), ostentan un vínculo con los bienes públicos respecto de los cuales adoptan decisiones, que les permiten disponer de ellos a través de providencias o determinaciones vinculantes para las partes. Por ello, cuando quiera que se apartan de su cometido legal y constitucional, para otorgar ilegítimamente a particulares derechos sobre bienes públicos, actualizan el tipo de peculado por apropiación, mediante la entrega o pago de rubros de naturaleza pública.”³

Las anteriores glosas jurisprudenciales permiten comprender que la disponibilidad sobre el bien estatal puede ser material o jurídica, y en consecuencia la actualización del tipo penal de peculado por apropiación no requiere que el dinero esquilado de las arcas públicas haya ingresado efectivamente al peculio del agente, pues tal como acontece en el caso de la especie, es claro que el flujo de capital se redirigió y terminó en manos de terceros inmersos en la criminalidad investigada.

¹ CSJ, SP. Sentencia del 14 de junio del 2017, radicado SP8459-2017, 48.313, M. P. Fernando Alberto Castro Caballero.

² CSJ, SP. Sentencia del 21 de febrero del 2018, rad. SP364-2018, 51.142, M. P. Patricia Salazar Cuéllar.

³ CSJ, SP. Auto del 4 de abril del 2018, radicado AP1272-2018, 51.777, M. P. Patricia Salazar

Así mismo, que para la imputación de la conducta no se requiera certeza sobre el monto sustraído ni sobre la trazabilidad del dinero, siempre que se encuentre definida la cantidad prevista para calificar la conducta por razón de la cuantía, tal como ocurre en el sub examine, en el que el material de convicción, aunado a la aceptación de los cargos permiten tener por cierto el monto de la apropiación indebida efectuado por el procesado a favor de terceros en una cuantía que supera los \$2.500.000.000, por ende, con creces el tipo definido en el inc. 2º del art. 397 de la obra sustantiva.

Incluso, concluyó el alto tribunal en un caso similar que, ante la imposibilidad de determinar el monto del peculado, lo realmente importante a la hora de la adecuación del comportamiento en el delito contra la Administración Pública bajo escrutinio, se itera, es que finalmente la Fiscalía expresamente indique si las apropiaciones ilegales superan el monto de los 200 SMLMV para efectos de la calificación jurídica de la conducta en razón de la cuantía.

El juez colegiado reflexionó de la siguiente manera en aquella oportunidad:

“Y aunque resulta cierto, como se plantea por el defensor en la demanda, que el Juez preguntó al Fiscal si podía precisar el monto del peculado, esto de ninguna manera significa que en la audiencia de formulación de imputación el Fiscal hubiere incurrido en alguna irritualidad con capacidad de viciar la legalidad de la actuación, toda vez que ya había precisado que la apropiación indebida de los recursos oficiales se presentó con relación a los dineros entregados como anticipo por la administración municipal a través del IDU en desarrollo de los contratos de obra pública celebrados materia de investigación y que no fueron invertidos en la ejecución de las obras contratadas, agregando que se trataba de además de un concurso de delitos de peculado por razón de cada uno de los anticipos entregados en cada contrato, por lo que no resulta jurídicamente procedente entrar a totalizar el monto de todos ellos y, de otra, el fiscal fue expreso en indicar, que en todo caso cada una de las apropiaciones excedió los 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes, siendo esto lo realmente importante para efectos de la calificación jurídica de la conducta por razón de la cuantía.”⁴

Y es que, se insiste, desde los albores del proceso el dossier de la imputación en contra de JUAN CARLOS CASTAÑO RICO incluyó el delito de peculado por apropiación a favor de terceros en cuantía superior a los 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes, de lo cual no dejan duda los elementos de convicción aportados por la Fiscalía, contando la foliatura y el trámite en general con una

Cuéllar.

⁴ CSJ, SP. Sentencia del 27 de septiembre del 2017, rad. SP14496-2017, M. P. José Francisco

detallada descripción de los montos de los contratos que en conjunto superan con creces la mencionada cuantía, a lo que se suma que el allanamiento a cargos que equivale a una confesión, y que como se sabe, cuando se efectúa de manera pura y simple no puede estar condicionado, pues en dicho caso la figura para la terminación anticipada del proceso a la que se podría acudir bajo esas específicas circunstancias sería otra, a saber, la de los preacuerdos. Cosa diferente es que hubiera operado la aceptación parcial de cargos, lo que en efecto no ocurrió en esta oportunidad.

De ahí que, aceptar tal variación de la calificación jurídica efectuada por el ente acusador para acoger en su lugar la aplicación de los dispuesto en el inc. 3º del art. 397 del C. Penal en el caso de la especie, no solo comporta trasgresión de la congruencia en materia penal, y el desconocimiento del principio de legalidad y estricta tipicidad, sino que tal como lo sostiene la representante del Ministerio Público, conlleva el desconocimiento de uno de los componentes estructurales del modelo típico del delito de peculado por apropiación previsto en el inc. 2º del art. 397 del C. Penal, enrostrado con total claridad en la formulación de imputación y en la acusación, y aceptado en sede de la audiencia preparatoria por el procesado, en otras palabras, comporta una inaceptable retractación de parte del enjuiciado tras el allanamiento a cargos efectuado de forma libre, consciente, voluntaria, al margen de apremio o coacción, y debidamente informado, por lo que se despacha desfavorablemente este apartado de la apelación.

Despejado el punto anterior, con la salvedad hecha al inicio de este apartado, vale significar que, tras analizar el ejercicio de dosimetría penal agotado por la primera instancia bajo los parámetros vistos, tampoco advierte la Sala juicio errático, arbitrariedad o desfase de parte de la a quo a la hora de ponderar el porcentaje de rebaja por concepto de allanamiento a cargos.

Para una correcta intelección del asunto, del todo oportuno traer a colación algunas glosas de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en relación con los diferentes momentos procesales para la aceptación de cargos previstos en la dinámica acusatoria que se regula a través de la ley 906/04, y sus consecuentes rebajas punitivas:

“4.2. **El régimen genérico de aceptación de cargos** de La Ley 906 de 2004 regula diversos efectos benéficos, dependiendo de la especie escogida y de la oportunidad de su trámite, así:

4.2.1. **Por allanamiento**, referidas todas ellas a actuaciones o audiencias específicas:

4.2.1.1. *En la audiencia de formulación de imputación, la que comporta una rebaja de hasta la mitad de la pena imponible (arts. 288-3 en concordancia con el art. 351).*

4.2.1.2. *En la audiencia preparatoria, cuyo descuento será de hasta la tercera parte de la pena (art.356-5). (Subrayas nuestras).*

4.2.1.3. *En la fase de alegación inicial al inicio del juicio oral, beneficiándose el acusado con una sexta parte de reducción de la sanción (art. 367 inc. 2º)...”⁵*

En lo que tiene que ver con el porcentaje de descuento, ya en sede de formulación de imputación, ora en fase subsecuente del juicio, el alto tribunal con criterio de autoridad concretó:

“Ahora, aunque en la Ley 906 de 2004 no se establece el límite mínimo de la rebaja para cuando el allanamiento tiene lugar durante la audiencia de imputación o la preparatoria, una interpretación razonable del instituto permite afirmar que dichos extremos menores están determinados por el rango de mayor disminución punitiva prevista para la siguiente oportunidad procesal en que procede el allanamiento a la imputación. Es decir, de la tercera parte hasta la mitad de la pena cuando el allanamiento tiene lugar en la audiencia de formulación de imputación; de la sexta hasta la tercera parte de la pena cuando ocurre durante la audiencia preparatoria y de la sexta parte de la pena, cuando la aceptación se presenta al inicio del juicio oral⁶.

De conformidad con lo expuesto, si en los artículos 351 y 356 de la Ley 906 de 2004 no se establece una rebaja fija de la sanción para cuando el allanamiento a cargos se produce dentro de las audiencias de imputación y preparatoria – como sí ocurre cuando la aceptación de los cargos acontece en la iniciación del juicio, caso en el cual se descuenta de manera fija una sexta parte de la pena – sino que frente a las referidas situaciones se dispone una rebaja ponderada de “hasta de la mitad” de la pena para la primera y “hasta de la tercera parte” para la segunda, es razonable concluir que corresponde al fallador determinar la proporción en la cual rebajará la pena.”⁷

De la interpretación que del art. 356.5 de la ley 906/04 realiza la jurisprudencia del alto tribunal con criterio de autoridad, es claro que en sede de la audiencia preparatoria del juicio oral la rebaja de pena que legal y ponderadamente puede reconocer el juez de la causa oscilará entre una sexta parte a una tercera parte de la pena.

⁵ CSJ, SP. Auto del 9 de junio de 2008, Rad. 29617. M.P. Alfredo Gómez Quintero.

⁶ Sentencia de casación de 23 de agosto de 2005, radicación No. 21954.

⁷ CSJ, SP. Sentencia 26.132 del 18 de noviembre de 2008, M.P. Javier Zapata Ortiz.

Así mismo, tiene aquilatado la jurisprudencia que: "... no se trata de un descuento automático y fijo... sino de un límite hasta el cual puede acceder la judicatura en consideración a la importancia y a la oportunidad en la que el imputado expresa su determinación de aceptar los cargos, como en tal sentido ha sido precisado por la Sala, pues de acuerdo con la norma cuya aplicación procede, corresponde a una disminución ponderada y gradual, en cuanto compete realizarla al juzgador según las particularidades que cada caso presente, teniendo en cuenta las circunstancias post delictuales que guarden relación con la eficaz colaboración para alcanzar los fines de justicia en punto de la economía procesal, la celeridad y la oportunidad, mediante un significativo ahorro de recursos económicos, humanos y de tiempo en la actividad del Estado orientada a demostrar la materialidad del delito y la responsabilidad del imputado, es decir, atendida la importancia de la aceptación, tomando en cuenta la dificultad de acreditación probatoria, la colaboración en el descubrimiento de otros partícipes o delitos, o diversos factores análogos.”⁸

Como viene de verse será la fase, etapa o momento procesal, así como el ahorro en el desgaste de tiempo, recursos humanos y logísticos, en términos de celeridad, eficacia y materialización del brocardo de una justicia pronta y eficaz, art. 4° de la Ley 266 de 1996, o la efectiva ayuda para el descubrimiento de otros autores o partícipes de la conducta criminal investigada, o de delitos, entre otros factores análogos, los que resultarán determinantes en aras del descuento de pena a reconocer por el allanamiento a cargos.

Circunstancias advertidas que lógicamente deben analizarse a la luz de las particularidades que rodeen cada caso, entre ellas, las dificultades de orden probatorio, la oportunidad de la aceptación, pues no es lo mismo que se acojan los cargos en la primera oportunidad procesal, a cuando ya las partes han develado sus cartas, como ocurrió en el sub examine; otros aspectos que deben ser tenidos en cuenta, si en verdad el acogimiento unilateral de los cargos conlleva ahorro para la Administración de Justicia, teniendo como norte un posible debate de fondo en el foro oral y lo que enseña la praxis judicial sobre la complejidad de los procesos ordinarios según el tipo de investigación perfilada por el ente persecutor, el tipo de delitos y hechos bajo escrutinio, y la ristra probatoria.

Superado el prolegómeno de este apartado de la censura, observa la Sala que la a

⁸ CSJ, SP. Sentencia del 1° de junio de 2011, rad. 31.895, M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

quo estimó que no era dable conceder la máxima rebaja de pena que se puede reconocer en sede de la audiencia preparatoria del juicio oral, en virtud a que una cosa es que la aceptación se efectúe al inicio del trámite, y otra bien distinta que se realice ad portas de cerrar dicha fase procesal, cuando las partes ya han develado el material probatorio con que aspiran a sacar adelante su particular teoría del caso, recopilado y perfilado por el ente persecutor a demostrar la responsabilidad penal del agente, cuando las partes han puesto las cartas sobre la mesa.

*En otras palabras, la funcionaria tuvo en cuenta la oportunidad procesal en que se efectuó la aceptación, a un año de iniciar el proceso, lo que traduce en que la rebaja deba ser proporcional a la que en dicha sede se obtiene, pero, además, que el proceso en el que se aceptó cargos no es el matriz y se incorpora al trámite por un asunto de conexidad, a lo que se suma que el beneficio no ha sido completo para la víctima (Municipio de Bello), ni se mitigan los efectos nocivos que el comportamiento reprochado **ha** generado en la confianza pública en sus administradores (factores análogos), de tal forma que no encuentra esta Magistratura incorrección alguna en el porcentaje de rebaja de $\frac{1}{4}$ parte reconocido al acusado en virtud del allanamiento a cargos, siendo dicho monto legal, razonable y proporcional.*

Para terminar de despejar las dudas consignadas en el escrito de apelación, resta por señalar que la impugnante sostiene que demostró la existencia de circunstancias especiales que dan lugar a la inaplicación de la prohibición legal para reconocer en este tipo de casos el mecanismo de la prisión domiciliaria, circunscribiendo para efectos del disenso el motivo de inconformidad a la negativa de sustituir transitoriamente la prisión en centro de reclusión por la prisión domiciliaria.

Medida transitoria que en su criterio resulta procedente en atención a las extraordinarias condiciones generadas por la pandemia del COVID-19, y la inocultable posibilidad de contagio del virus en las prisiones por el hacinamiento (caso puntual de La Paz, en donde se encuentra detenido el acusado) y el estado de cosas inconstitucionales en dichas instituciones, considerando que aquel es el único criterio que debería tenerse en cuenta para decidir al respecto.

Hechas las anteriores precisiones, para resolver este apartado de la censura

resulta suficiente resaltar que, tal como lo acepta la propia togada en su escrito de apelación, de conformidad a lo dispuesto en el art. 38B de la ley 599/00. Modificado por la ley 1709/14, existen presupuestos objetivos que limitan la concesión del mecanismo sustitutivo en tratándose de delitos contra la administración pública, a lo que se suma que con ocasión de la expedición del Decreto 546 del 14 de abril de 2020 en el marco de la económica, social y ecológica, el gobierno nacional abrió la posibilidad del reconocimiento de la medida transitoria de detención domiciliaria a las personas que de conformidad al art. 2º de dicha normativa cumplan alguno de los siguientes requisitos, para que por espacio de seis meses puedan continuar el descuento de la pena de prisión en su domicilio:

- a. Mayores de 60 años.*
- b. Mujeres embarazadas o con niños menores de 3 años al interior del penal.*
- c. Personas con enfermedades graves de base.*
- d. Personas con movilidad reducida.*
- e. Detenidos por delitos culposos.*
- f. Condenados a penas inferiores a 5 años.*
- g. Quienes hayan cumplido 40% de la pena.*

No obstante, el mismo decreto legislativo contempla en el art. 6º una serie de casos que se encuentran excluidos del beneficio bajo escrutinio, entre otros, para quienes incurran en el delito de peculado por apropiación, interés indebido en la celebración de contratos, contrato sin cumplimiento de requisitos legales, de que tratan los art. 397, 409, 410 del Estatuto Represor, respectivamente, señalando además que dicho listado taxativo no deroga las prohibiciones consagradas en los art. 38G y 68A del C. Penal, que como se sabe excluyen de beneficios o subrogados a los condenados por delitos dolosos contra la administración pública.

Ahora bien, frente a la posibilidad de inaplicar la prohibición contenida en el referido Decreto 546, esto dijo la Corte Suprema de Justicia en auto radicado 794 del 1º de julio de 2020, M. P. Luís Antonio Hernández Barbosa, al revocar la concesión del mecanismo transitorio concedida acudiendo a la interpretación del principio pro homine, determinando igualmente que no es posible aplicar la excepción de inconstitucionalidad en estos eventos.

“1. Mediante el Decreto 546 de 2020 el Gobierno Nacional adoptó medidas sanitarias tendientes a la protección de la población carcelaria vulnerable frente al COVID-19 y se ocupó de establecer mecanismos para combatir el hacinamiento carcelario, así como para prevenir y mitigar la propagación de la pandemia. Dentro de esas acciones, implementó y reglamentó la concesión de

la detención y de la prisión domiciliarias transitorias por el término de 6 meses, para los grupos poblacionales con mayor vulnerabilidad.

Con todo, el artículo 6° excluyó de ese beneficio, en atención a su gravedad, a los <<crímenes de lesa humanidad, crímenes guerra y los delitos que sean consecuencia del conflicto armado y/o se hayan realizado con ocasión o en relación directa o indirecta con el mismo, los cuales se tratarán conforme a disposiciones vigentes en materia justicia transicional aplicables en cada caso>>.

Siendo ello así, el Tribunal desatendió el claro mandato normativo que rechaza la posibilidad de sustituir la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario o penitenciario por la detención transitoria en el lugar de residencia, respecto de los crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y, en general, a los delitos cometidos con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado.

Y aunque el artículo 2° del Decreto 546 de 2020 establece que procederá la detención o la prisión domiciliaria transitoria, cuando el recluso carcelariamente <<haya cumplido 60 años de edad>> o sea una persona que padezca alguna de las <<enfermedades subyacentes>> que según la Organización Mundial de la Salud generan mayor riesgo de contraer el Covid-19, la concesión del beneficio no es automática sino que está supeditada a la constatación de que el peticionario no se halle incurso en ninguna de las exclusiones del artículo 6° del Decreto Legislativo y, en el evento de aducirse grave enfermedad, que se corrobore su existencia mediante la historia clínica y la certificación expedida por el sistema general de seguridad social en salud al que pertenezca el interno o el personal médico del establecimiento penitenciario y carcelario.

(...)

3. El Tribunal utilizó el principio pro homine y la regla XXV de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas, para extender el beneficio de la detención domiciliaria transitoria al peticionario.

Sin embargo, como advirtió la representante de la Fiscalía, el único mecanismo que le permitía apartarse del contenido normativo del artículo 6° del Decreto 546 de 2020, era la excepción de inconstitucionalidad porque el citado principio es insuficiente para desconocer una norma cobijada con la presunción de legalidad propia de toda norma expedida por las autoridades legalmente constituidas.

Recuérdese que el principio pro homine es una regla hermenéutica para los eventos en que hay dos interpretaciones posibles, caso en el cual debe preferirse la más favorable a la persona. Pero en este caso no existen dos exégesis en disputa, dada la claridad con la que el artículo 6° del Decreto 546 de 2020 excluye los delitos que enuncia.

La Corte Constitucional ha señalado sobre este principio que <<el Estado colombiano, a través de los jueces y demás asociados, por estar fundado en el respeto de la dignidad humana (artículo 1° de la Constitución) y tener como fines garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes (artículo 2°), tiene la obligación de preferir, cuando existan dos interpretaciones posibles de una disposición, la que más favorezca la dignidad humana. Esta obligación se ha denominado por la doctrina y la jurisprudencia “principio de interpretación pro homine” o “pro persona” ...impone aquella interpretación de

las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional>>. (C-438-13).

De esta manera, el medio idóneo para apartarse de un contenido normativo contrario a la Constitución no es la interpretación pro homine, como equivocadamente consideró el Tribunal, sino la excepción de inconstitucionalidad, por ser una herramienta de control difuso que permite a cualquier juez de la República inaplicar una norma manifiestamente incompatible con la Constitución a efectos de mantener su integridad, siempre que la Corte Constitucional no haya realizado el juicio correspondiente, por vía de la acción pública de inconstitucionalidad o la extraordinaria de control oficioso que procede, entre otros, contra los Decretos Legislativos.

En el evento bajo examen, dicho sistema de control constitucional resulta improcedente porque no existe una manifiesta incompatibilidad entre el artículo 6° del Decreto 546 de 2020 y la Constitución Política, puesto que el régimen de exclusiones establecido en esa disposición no se muestra arbitrario, caprichoso o violatorio de alguna garantía fundamental.

Por el contrario, se ajusta a las razones de política criminal que buscan armonizar las necesidades sanitarias que impone la pandemia del COVID-19 en materia carcelaria con las garantías de seguridad, confianza ciudadana, orden económico y social, así como con los derechos de las víctimas de los delitos cometidos durante y con ocasión del conflicto armado, de extrema gravedad, por manera que no contradicen manifiestamente normas constitucionales y, por ello, no procede la excepción de inconstitucionalidad en este caso. (CSJ AP1073 del 3 de junio 2020).⁹⁹

Así las cosas, cabe señalar que al no estar presente alguno de los requisitos habilitantes de que trata el art. 2° del Decreto 546 de 2020 para el reconocimiento transitorio de la prisión domiciliaria, existiendo prohibición expresa en el mismo cuerpo normativo, a lo que se suma que acorde a las reflexiones del juez colegiado no se puede obviar la expresa prohibición legal, que exceptúa del goce del mecanismo sustitutivo a personas que como el allanado acepten haber cometido delitos contra la Administración de Justicia, ni se puede acudir a la excepción de inconstitucionalidad para inaplicar las prohibiciones en la materia, este aspecto de la censura tampoco encuentra vocación de prosperidad.

Al margen de lo anterior, es claro que le corresponde a la autoridad penitenciaria y carcelaria en cabeza de la Dirección Nacional del INPEC, adoptar las medidas de rigor tendientes a garantizar la salubridad en el interior de los penales con miras a evitar la propagación del virus del COVID-19: “Con mayor razón, cuando el decreto legislativo establece la obligación de las autoridades carcelarias y

⁹ CSJ, SP. Radicación 794, Acta 135. M. P. Luís Antonio Hernández Barbosa.

penitenciarias de adoptar medidas idóneas para ubicar a los internos que no son beneficiarios de la prisión o detención domiciliaria transitorias en un lugar especial que minimice el eventual riesgo de contagio.”¹⁰

Sin necesidad entonces de realizar mayores elucubraciones al respecto, al no encontrar eco en la Sala las alegaciones esgrimidas por la apelante en punto de la tasación de la pena y la medida transitoria de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión en centro de reclusión, se confirmará en su integridad la decisión de primera instancia.

Por lo expuesto, esta Sala de Decisión Penal del **Tribunal Superior de Medellín**, actuando en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

CONFIRMAR en su integridad la sentencia condenatoria emitida el 18 de junio de 2020 por la Juez Penal del Circuito de Girardota, Antioquia, acorde a los motivos expuestos en la parte considerativa de este proveído.

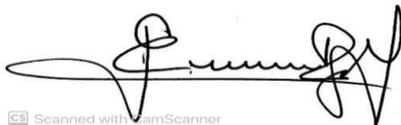
Esta sentencia queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso de casación, el cual debe interponerse dentro del término común de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de la misma.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO


CS Scanned with CamScanner

LUÍS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ


JOSE IGNACIO SANCHEZ CALLE
Magistrado

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE

¹⁰ *Ibíd.*