

PECULADO POR APROPIACIÓN/ Congruencia en el allanamiento/...” la Sala debe aclarar que si bien el principio de congruencia debe ser estudiado en concreto a partir de la clase de procedimiento, es decir, juicio oral o desde los mecanismos de terminación abreviada del proceso, no debe excluirse la regla jurisprudencial actual adoptada¹ por la Corte Suprema de Justicia, consistente en la facultad reconocida al juzgador para proferir condena por un delito distinto de aquel por el cual se acusó bajo la condición que la nueva tipicidad guarde identidad con el núcleo básico y no implique desmedro de la situación del encausado. Lo anterior debido a que se comparte la misma premisa básica: el Juez Penal es garante de los derechos humanos y constitucionales que le asiste al procesado, dentro del cual se encuentra el de legalidad y el principio de congruencia. De modo que se habilita al juzgador para variar la calificación jurídica contemplada en la audiencia de formulación de imputación pero siempre a favor del enjuiciado y bajo la condición que se degrade la responsabilidad en la sentencia de acuerdo con núcleo básico de los hechos endilgados, de manera que permanecen indemnes sus garantías fundamentales...”

SENTENCIA 079

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL TUNJA

SALA PENAL

Radicación: 2015-0784

Procesado: Kerlin Herrera Reina y
Mario Alfonso Bernal Torres

Delitos: Peculado por apropiación

¹ Cfr. CSJ, SP 22 de mar. 2017, rad. 48253.

Magistrado Ponente: **Dr. Edgar Kurmen Gómez.**

Aprobado: Acta **121**, Artículo 30, Numeral 4º, Ley 16 de 1968

Tunja, **septiembre catorce (14) dos mil diecisiete (2017). Hora: dos y treinta de la tarde (2:30 p.m.).**

Conoce la Sala del presente proceso en virtud del recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica de los sentenciados Kerlin Herrera Reina y Mario Alfonso Bernal Torres contra la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Tunja el 13 de noviembre de 2015 por el delito de peculado por apropiación en calidad interviniente.

HECHOS

De acuerdo con la fundamentación fáctica expuesta por la Fiscalía en la audiencia preliminar de imputación, los hechos jurídicamente relevantes pueden sintetizarse así:

Desde el 2008 al 2011 en el módulo de cartera de la Lotería de Boyacá, Empresa Comercial e Industrial del Estado del orden departamental, se registraron y contabilizaron cifras superiores a las reales. Por concepto de premios se registró el valor de \$743.071.350 y por concepto de consignaciones \$3.217.163.559.

Mario Alfonso Bernal Torres, en su calidad de representante legal de la sociedad Representaciones Tunja Ltda. con Nit. 800190807-2 y domicilio en Tunja, suscribió contratos de distribución atípica con la Lotería de Boyacá el 22 de septiembre de 1999 y el 20 de noviembre de 2006 y como persona natural el 13 de diciembre de 2005. De igual manera Kerlin Herrera Reina en su calidad de representante legal de Distriariari

Ltda y el 25 de febrero de 2005 con modificaciones del 22 de abril de 2005, 28 de diciembre de 2005, 8 de marzo de la 2006, 15 de junio de 2007 y 29 de enero de 2011.

El objeto del contrato era la distribución de la lotería para su ulterior comercialización y distribución entre loteros y público consumidor, Mario Alfonso Bernal Torres en la ciudad Tunja y Kerlin Herrera Reina en Villavicencio, quienes a su vez adquirieron la calidad de distribuidor, fueron incluidos en la base de datos llevada por la misma entidad para el registro de distribuidores y se les asignó un cupo "de boletería", contratos que estaban regulados por la Resolución 092 del 2 de mayo de 2000

En contraprestación se obligaron a pagar, respectivamente, a la Lotería de Boyacá el valor de los billetes vendidos dentro de los 8 días calendario siguientes a la realización del sorteo mediante consignación en la cuenta bancaria designada por la Lotería de Boyacá con la posibilidad de descontar de esos pagos el impuesto de foráneas, la devolución aceptada por la Lotería, premios pagados y bonificaciones por venta de los premios, para lo cual debían anotar en la consignación el número de sorteo al que correspondía, el nombre del distribuidor, su domicilio, el código y demás datos exigidos en el formato.

Tanto Mario Bernal Torres como Kerlin Herrera Reina se asociaron con las servidoras públicas Teresa Montañez Acevedo y Esperanza Perico Prieto para apropiarse de los dineros de la Lotería de Boyacá que como distribuidores estaban obligados a consignar en las cuentas oficiales de la entidad territorial, acordando depositar sólo una parte de la deuda en las cuentas personales de Teresa Montañez Acevedo y Esperanza Perico Prieto a cambio de que ellas hicieran ajustes consistentes en disminuir saldos y reportar paz y salvo a fin de evitar que le suspendieran la distribución de lotería, incurriendo así en el delito de la asociación para

la comisión de un delito contra la administración pública a título de coautor consagrado en el artículo 434 del C.P.

Mario Bernal Torres entregó directa y personalmente a la servidora pública Esperanza del Pilar Perico Prieto dinero para cancelar el arriendo de su casa, gastos personales, estudio de sus hijos y la adquisición de un inmueble ubicado en el barrio Santa Inés en Tunja y, además, le consignó parte del dinero en su cuenta personal; mientras que Kerlin Herrera Reina consignó directamente en la cuenta No. 6070234180 del Banco Davivienda de la servidora Esperanza del Pilar Perico Prieto la suma de \$373.773.000 y a favor de la servidora Teresa Montañez Acevedo a la cuenta 6000654697 del Banco de Davivienda la suma de \$150.544.300 para que éstas dos se repartieran el dinero, por la deuda que tenía con la Lotería de Boyacá, que según el dictamen de los contadores de la Fiscalía ascendía a la suma de \$962.724.609 por todos los conceptos derivados del contrato en el periodo 2008-2011, contribuyendo así a que Teresa Esperanza Montañez Acevedo y Esperanza del Pilar Perico Prieto se apropiaran de la suma de \$2.705.425.636, afectación que sufrió la Lotería de Boyacá debido a que fueron dineros que jamás ingresaron a sus arcas.

Mario Bernal Torres junto con la distribuidora de la ciudad de Villavicencio Kerlin Herrera Reina le propusieron a sus socias Teresa Esperanza Montañez Acevedo y Esperanza del Pilar Perico Prieto convencer al gerente de la Lotería de Boyacá para convenir formas de pago por la deuda que de cada uno mostraba el módulo de cartera y contabilidad de acuerdo con la información alterada. Incluso Mario Bernal Torres ofreció entregar un inmueble de su propiedad por la deuda que poseía.

Como quiera que el gerente del momento no aceptó esta propuesta Mario Bernal Torres le ofreció a Jorge Clelio Cardozo, jurídico de la entidad, la suma de \$10.000.000 al igual que Kerlin Herrera Reina para

que convenciera al gerente Oduber Alexis Ramírez para aceptar éstos acuerdos de pago, quien se negó.

A través de Jorge Cardozo, jurídico de la entidad, quien le propuso al nuevo gerente Miguel Alfonso Silva Pesca, Mario Bernal Torres logró un nuevo acuerdo de pago que se realizó por valor de \$97.692.650 cuando lo que realmente adeudaba a la Lotería de Boyacá era la suma de \$370.333.950. Kerlin Herrera Reina no obtuvo acuerdo de pago.

ANTECEDENTES PROCESALES

Por los hechos expuestos en audiencia preliminar del 27 de abril de 2015 ante el Juzgado Primero Municipal con Función de Control de Garantías de Tunja, la Fiscalía formuló imputación contra Mario Alfonso Bernal Torres y Kerlin Herrera Reina por los delitos de peculado por apropiación en calidad de interviniente (art. 397 C.P.), asociación para la comisión de un delito contra la Administración Pública (art. 434 C.P) a título de coautor y cohecho por dar y ofrecer en calidad de autor (407 del C.P.).

Mario Alfonso Bernal Torres y Kerlin Herrera Reina (fls. 129 y 130)² aceptaron únicamente el punible de peculado por apropiación en la modalidad de delito continuado, con el agravante del inc.2 del art. 397 en calidad de interviniente, motivo por el cual se dispuso la ruptura de la unidad procesal para continuar por separado la investigación de las otras dos conductas punibles (fls. 149 al 150).

Con fundamento en la aludida manifestación, la Fiscalía 21 Seccional de Tunja radicó escrito de acusación con allanamiento y el 28 de julio de 2015 se realizó la audiencia de verificación de la aceptación de la imputación bajo la dirección del Juzgado Primero Penal del Circuito con función de conocimiento de Tunja (fls. 202 al 203).

² Sesión del 27-02-2015

El 13 de noviembre de 2015 el a quo dictó sentencia condenando a Mario Alfonso Bernal Torres a la pena principal de 78.25 meses de prisión y multa de ciento treinta y ocho millones ochocientos setenta y cinco mil doscientos treinta y un pesos con veinticinco centavos (\$138.875.231.25) como interviniente responsable del delito de peculado por apropiación, de que trata el art. 397 del C.P., en consonancia con el párrafo del art. 31 del C.P., y a la pena de interdicción de derechos y funciones públicas en forma permanente conforme el inc. 5 del art. 122 de la Constitución Política y a Kerlin Herrera Reina a la pena principal de 78.75 meses de prisión y multa de ciento treinta y ocho millones, ochocientos setenta y cinco mil doscientos treinta y un pesos con veinticinco centavos (138.875.231.25) como interviniente responsable del delito de peculado por apropiación, de que trata el art. 397 del C.P., en consonancia con el párrafo del art. 31 del C.P., y a la pena de interdicción de derechos y funciones públicas en forma permanente conforme el inc. 5 del art. 122 de la Constitución Política.

IDENTIDAD E INDIVIDUALIZACIÓN DEL PROCESADO

Kerlin Herrera Reina, nació el 1º de julio de 1973 en el municipio de Villavicencio, porta la cédula de ciudadanía 86.007.582 de Granada (Meta), hijo de Henry Herrera Calderón y Silva Reina Velásquez, casado con Sandra Liliana González Covalada, comerciante independiente.

Mario Alfonso Bernal Torres, nació el 22 de noviembre de 1968 en el municipio de Tunja, porta la cédula de ciudadanía 7.160.574 de la misma ciudad, hijo de José Mario Bernal Cepeda y Carmenza Torres de Bernal, en unión libre con Carmenza Quevedo Niño, padre de 4 hijos, de profesión administrador de empresas.

DE LA PROVIDENCIA IMPUGNADA Y DEL MOTIVO DE LA IMPUGNACIÓN

De la Providencia impugnada.

El Juez Primero Penal del Circuito de Tunja en sentencia del 13 noviembre de 2015 condenó a Mario Alfonso Bernal Torres a la pena principal de 78.25 meses de prisión y multa de \$138.875.231,25 y a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones pública, en forma permanente, en calidad de interviniente responsable del delito de peculado por apropiación de que trata el art. 397 del CP en concordancia con el parágrafo del art. 31 del C.P y a Kerlin Herrera Reina por el mismo punible y en iguales términos a la pena principal de 78.75 meses de prisión y multa de \$.138.875.231,25.

Negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria como sustitutiva de la pena de prisión y se abstuvo de condenar a Mario Alfonso Bernal Torres y a Kerlin Herrera Reina a pagar daños y perjuicios.

Prevía exposición de la fundamentación fáctica, el juez a quo señaló que en audiencia de imputación realizada ante el Juez Primero Penal Municipal de Tunja en función de control de garantías el 27 de abril del mismo año, la Fiscalía 21 Seccional de Tunja le formuló imputación a Mario Alfonso Bernal Torres y a Kerlin Herrera Reina como presuntos coautores del delito de asociación para la comisión de un delito contra la administración pública; como intervinientes en el delito de peculado por apropiación y como autor en el delito de cohecho por dar u ofrecer. Sin embargo los imputados de manera libre, espontánea y voluntaria sólo aceptaron parcialmente los cargos, ambos como intervinientes en el delito de peculado por apropiación, tipificado en el artículo 397 del C.P.

Luego de sintetizar las pruebas allegadas así como lo dicho por los procesados, de acuerdo a lo expresado en la audiencia de imputación del 27 de abril de 2015 y no en lo contenido en el escrito de acusación, consideró que se formularon cargos contra Mario Alfonso Bernal Torres y Kerlin Herrera Reina como intervinientes del delito de peculado por apropiación de que trata el art. 397 del C.P en la modalidad de delito continuado y en atención a que la cuantía superó los 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes, aplicó el inc. 2 del art. 397.

Encontró probado que Mario Alfonso Bernal Torres y Kerlin Herrera Reina suscribieron contratos de distribución atípica de lotería con la Lotería de Boyacá quienes se asociaron con las funcionarias publicas Teresa Montañez Acevedo y Esperanza Perico Prieto para apropiarse de los dineros de la Lotería de Boyacá que como distribuidores estaban en la obligación de consignar en las cuentas oficiales de la entidad territorial, acordando consignar en las cuentas personales de Teresa Montañez y Esperanza Perico sólo una parte de la deuda a cambio de que ellas hicieran los ajustes, disminuyeran los saldos y reportaran paz y salvo para evitar que les suspendieran la distribución de la lotería, de acuerdo con los elementos materiales probatorios y evidencia física.

Determinó que la conducta naturalísticamente descrita se adecuaba a la descrita por el legislador en el art. 397 del C.P en la modalidad de delito continuado y que consistió en consignar unos dineros que correspondían a la venta de billetería de la Lotería de Boyacá en las cuentas personales y para el beneficio de las funcionarias de la entidad Esperanza del Pilar Perico Prieto y Teresa Montañez y no en las cuentas oficiales, lo cual hicieron en forma continuada hasta completar la suma final.

Los funcionarios del área de cartera, presupuesto y contabilidad desfalcaron a la entidad pública mediante diferentes modalidades delictuales, por ejemplo registraron y contabilizaron cifras superiores a las efectivamente existentes por concepto de premios, sin soporte legal,

desde el año 2008 hasta el año 2011; simularon y concertaron con distribuidores morosos consignaciones fraudulentas de dinero y se apropiaron de dineros provenientes de billetería devuelta así como de los incentivos que daba la entidad a los distribuidores, alterando los sistemas informáticos así como los documentos que soportaban la contabilidad de la Lotería de Boyacá.

El detrimento patrimonial es de dos mil setecientos cinco millones cuatrocientos veinticinco mil seiscientos treinta y seis pesos (\$2.705.425.636).

Del material probatorio obrante en el proceso se deduce que la conducta investigada es típica y antijurídica, porque ninguna de las causales de justificación del hecho o de ausencia de responsabilidad del artículo 32 del actual C.P tienen la virtualidad de amparar el comportamiento de los procesados quienes pudiendo acordar el pago de sus acreencias acorde con la realidad, pactaron en forma subrepticia unos valores menores, afectando así el patrimonio estatal, concretamente los recursos destinados a salud a título de dolo.

Encontró el Juzgado que las pruebas llevan al conocimiento, más allá de toda duda razonable, acerca de los hechos y circunstancias del caso sometido a estudio para dictar sentencia condenatoria, además de que se verificó el respeto de los derechos fundamentales del procesado.

Para dosificar la pena tuvo en cuenta los artículos 60 y 61 del C.P. Indicó que el artículo 397 del C.P. señala una pena de prisión de 96 a 270 meses, pero que como el valor de apropiado superó los 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena la aumentó hasta la mitad, con lo cual quedó entre 96 y 405 meses de prisión.

Como la imputación se hizo en la modalidad de delito continuado, de conformidad con el art. 31 ibídem, impuso la pena correspondiente

aumentada en una tercera parte, quedando los extremos punitivos entre 128 a 540 meses de prisión.

Dividió el ámbito de movilidad punitivo así: el cuarto mínimo entre 128 a 231 meses; el primer medio desde 231 meses un día a 334 meses; el segundo medio desde 334 meses un día a 437 meses y un máximo entre 437 un día a 540 meses de prisión y se ubicó en el cuarto mínimo ya que no se acreditaron agravantes a la conducta cometida por el procesado.

Teniendo en cuenta los incisos 3 y 4 del artículo 61 del C.P. señaló que no se puede partir del mínimo de la pena por cuanto la apropiación de dineros fue grave desde el punto de vista cuantitativo, al tratarse de dineros destinados a financiar la salud de la población menos favorecida de Boyacá y además el daño fue real, de manera que dentro del cuarto mínimo ubicó la pena en la mitad, es decir 210 meses.

En consideración a que los cargos imputados fueron a título de intervinientes, de conformidad con el inc. 3 del art. 30 del C.P, rebajó la pena en una cuarta parte y por la aceptación de los cargos formulados en la audiencia de imputación la mitad de la pena imponible, quedando en 78.75 meses de prisión.

Además, al tenor del inciso segundo del art. 401 del C.P.P, disminuyó la pena determinada para Mario Alfonso Bernal Torres en 78.25 meses de prisión, descuento que no le fue aplicado a Kerlin Herrea Reina cuya pena de prisión se dosificó en 78.75 meses.

Como multa tasó la suma de ciento treinta y ocho millones ochocientos setenta y cinco mil doscientos treinta y un pesos con veinticinco centavos (138.875.231.25) y condenó a su pago a cada uno.

Al no estar acreditado el requisito objetivo para conceder la prisión domiciliaria del art. 38 del C.P o la suspensión condicional de la ejecución de la pena de que trata el art. 63 ibídem ni la prisión

domiciliaria como sustitutiva de la prisión (art. 23 de la Ley 1709 de 2014), negó a los procesados estos subrogados penales al superar el límite de la pena prevista en la ley para su acceso.

Del motivo de impugnación.

La defensa técnica de Kerlin Herrera Reina solicita revocar el numeral segundo y cuarto de la sentencia atinente a la pena privativa de la libertad impuesta por las siguientes razones:

Kerlin Herrera Reina en la audiencia preliminar de formulación de imputación aceptó el cargo de peculado por apropiación en calidad de interviniente pero la Fiscalía en audiencia de verificación de allanamiento modificó la imputación agregando que el procesado aceptó el peculado en concurso material homogéneo sucesivo, oponiéndose la defensa y resolviendo el juez favorablemente quien, a su vez, asumió sin fundamento que el peculado por apropiación se aceptaba en la modalidad de continuado, imponiendo una sentencia por fuera de los límites punitivos previstos para este delito en el art. 397 del C.P, al aplicar indebidamente el art 31 ibídem para dosificar la pena, con lo cual transgredió el principio de legalidad y de manera flagrante el debido proceso, el derecho de defensa y la confianza legítima.

Además la pena a fijar debe ser individualizada dentro del cuarto mínimo, fijándose la pena en 96 meses de prisión en consideración a que no se demostró la afectación al sistema de salud o a la población boyacense, la conducta no fue grave y además Kerlin Herrera Reina es víctima del actuar de Esperanza Perico Prieto y Esperanza Montañez quienes manipularon el sistema para apropiarse de dineros de los proveedores y vendedores de sucursales.

Debe aplicarse la rebaja de la pena del art. 30 del C.P y del 351 del C.P.P. para una pena definitiva de 31 meses y en consecuencia

reconocer el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad al encontrarse acreditados los requisitos objetivos y subjetivos para la concesión de este beneficio.

De otro lado la defensa técnica del procesado Mario Alfonso Bernal Torres solicita modificar la sentencia condenatoria en sus numerales primero y cuarto, disminuyendo la pena a su justa proporción y reconociendo el derecho a la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Expone las siguientes censuras.

En primer lugar el juez de primera instancia modificó los términos de la aceptación de cargos por el delito de peculado por apropiación en concurso homogéneo y sucesivo al incluir el agravante del numeral 2 del art. 397 del C.P y la modalidad de delito continuado que jamás fueron precisados fáctica y jurídicamente en la audiencia de formulación de imputación celebrada el 27 abril de 2015, de manera que le correspondía al juez de conocimiento argumentar por qué el peculado por apropiación era continuado y no concursal.

Desde la audiencia de imputación y posteriormente en la de verificación de aceptación de cargos la Fiscalía 21 Seccional imputó a Mario Alfonso Bernal Torres los delitos de peculado por apropiación en concurso homogéneo y sucesivo, asociación para cometer delitos contra la administración pública y cohecho para dar u ofrecer, aceptando parcialmente el procesado el delito de peculado por apropiación en concurso homogéneo y sucesivo.

En audiencia de verificación de aceptación de cargos la Fiscalía expuso sin lugar a duda o equivoco la imputación hecha a Bernal Torres el 27 de abril de 2015 como interviniente del delito de peculado por apropiación en concurso homogéneo y sucesivo (min 14:00 a 17:31) reafirmado por el Juez de conocimiento que a viva voz refiere la aceptación hecha por Bernal Torres de este delito, sin que la titular de la acción penal, la

defensa, el ministerio público, el representante de víctimas o el mismo juez de conocimiento advirtieran sobre modalidad en que fue imputado.

Al condenar a Mario Alfonso Bernal Torres por el delito de peculado con el agravante del inciso 2 del art. 397 en razón a la cuantía del delito y bajo la modalidad de delito continuado con fundamento en el parágrafo del art. 31 del C.P el juez de conocimiento quebrantó el principio de congruencia que debe existir entre la imputación y la sentencia cuando es resultado de una aceptación pura y simple.

En segundo lugar a Esperanza del Pilar Perico Prieto y Teresa Montañez Acevedo, ex servidoras de la Lotería de Boyacá, quienes participaron con Mario Alfonso Bernal le fueron imputados los mismos cargos, los cuales aceptaron, siendo condenadas por los delitos de peculado por apropiación en concurso heterogéneo sucesivo con el de asociación para la comisión de un delito contra la administración pública y falsedad ideológica en documento público y no en la modalidad de continuado con una pena de 7 años y 9 meses cuando fue por iniciativa e inducción de ellas que debían lealtad a la administración.

Su cliente como bien lo relaciona el a quo fue investigado e imputado por las mismas circunstancias fácticas e incluso dentro de la misma actuación con las prenombradas. Así, su participación y por ende la modalidad en el peculado no puede ser distinta a la atribuida y aceptada por las copartícipes frente a quienes la sentencia sí respetó el principio de congruencia al condenarlas por la modalidad concursal.

La pena impuesta es desmedida y desigual en comparación a la impuesta a las ex servidoras de la Lotería de Boyacá por los mismos hechos en consideración a que Mario Alfonso no cuenta con la condición de servidor público quien además es el único que ha reparado

voluntariamente a la Lotería de Boyacá con el pago de la deuda que guarda con la Entidad cuando jamás se apropió en provecho suyo.

El ente acusador dentro del traslado del art. 447 al referirse a la determinación de la pena probable a imponer al ciudadano sugirió incrementar en un máximo de 24 meses en razón al fenómeno concursal pero no refirió que fuera en la modalidad de delito continuado.

En tercer lugar al revisar el registro correspondiente a la formulación de imputación al ciudadano Mario Alfonso Bernal Torres comunicada en la audiencia preliminar del 27 de abril de 2015, en el planteamiento de la “imputación jurídica circunstanciada” jamás le fue imputada la agravación punitiva del peculado en razón a superar la cuantía de 200 S.M.L.M.V., expresamente y con la debida motivación, transgrediendo su derecho de defensa, la cual no debe aplicarse en virtud del principio de congruencia, al no hacer parte del núcleo de la imputación jurídica circunstanciada aceptada por el procesado, independientemente a que en el relato fáctico general expuesto por la Fiscalía para todos los imputados en la misma audiencia se haya hablado de la supuesta cuantía de la apropiación.

Alega que la Fiscalía sugirió una pena menor en consideración a la carencia de antecedentes, su arraigo, su colaboración y por haber aceptado cargos y que no debe ser tratado como delincuente pues desde el comienzo fue intimidado por las funcionarias Esperanza del Pilar Perico Prieto y Teresa Montañez.

El juez a quo quebrantó la legalidad del delito como de la sanción y el principio de congruencia entre la imputación aceptada y la sentencia proferida. Por lo tanto corresponde al ad quem enmendar tal yerro modificando el acto recurrido puntualmente en el quantum de pena impuesta, descartando el agravante del numeral 2 del art. 397 así como el incremento punitivo que corresponde al delito continuado, por no

haber sido incluidas jurídicamente tales circunstancias por la Fiscalía en la imputación jurídica comunicada en la audiencia preliminar.

En sentir del recurrente la pena debió establecerse dentro del cuarto mínimo. Partiendo de 117.75 meses, incrementándola a 129.75 en razón al concurso imputado y aceptado, disminuyéndola en una cuarta parte por la calidad de interviniente, rebajándola a la mitad por la aceptación de cargos y teniendo en cuenta los abonos realizados y atendiendo la rebaja prevista en el inc. 3 del art 401 del C.P disminuirla en 5.13 meses para una pena privativa de la libertad definitiva de 43.52 y en consecuencia otorgar el subrogado de la prisión domiciliaria por favorabilidad con fundamento en el art. 29 de la Ley 1709 de 2014 por encontrarse acreditado tanto los presupuestos objetivos como subjetivos.

Dentro del traslado común a los no recurrentes de 5 días de que trata el art. 179 del C.P.P. el condenado Mario Alfonso Bernal Torres allegó escrito con fecha 30 de noviembre de 2016, reiterando los argumentos expuestos por su abogado de confianza (fls. 306 al 309, C-2).

De los no recurrentes.

El apoderado de víctimas se opone al recurso de apelación presentado por los condenados Mario Alfonso Bernal y Kerlin Herrera Reina y solicita confirmar en su integridad la decisión recurrida en consideración a que el juez de primera instancia no incurrió en errores de dosificación punitiva.

Mario Alfonso Bernal no ha reintegrado lo apropiado o reparado el daño económico. El sustento fáctico y jurídico que sirvió de base para suscribir el acuerdo de pago celebrado con la Lotería de Boyacá no tiene este fin. Por el contrario, el mismo recae sobre la deuda que posee un distribuidor cuando realiza la venta de unos billetes de lotería que son reportados,

pero en este caso no lo fueron. De manera que no es procedente reconocer ningún tipo de atenuación punitiva (fls.310 al 321, C-2)

FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DECISIÓN

La Sala en virtud del principio de limitación adquiere competencia sólo en referencia a los motivos de impugnación y a los asuntos que resulten necesariamente vinculados a ellos.

Establece el art. 381 del C. de P.P. que para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.

Para resolver la problemática propuesta la Sala estudiará (i) los requisitos de control de legalidad en caso de allanamiento a cargos y (ii) de los motivos de impugnación.

1.- De los requisitos referidos al control de legalidad en caso de allanamiento a cargos.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado como ineludible el deber a cargo del juez de conocimiento en referencia al control de legalidad que debe efectuar en los eventos de aceptación de cargos por iniciativa propia o por acuerdo previo con la fiscalía, en los siguientes términos³:

“(i) que el acto de allanamiento o el acuerdo haya sido voluntario, libre, espontáneo y debidamente informado, es decir que esté exento de vicios esenciales en el consentimiento⁴, (ii) que no viole derechos fundamentales, y (iii) que exista un mínimo de prueba que permita

3 Cfr. Casación 25108, 30 de noviembre de 2006.

4 Cfr. casación 25248, 5 de octubre de 2006.

inferir la autoría o participación en la conducta imputada y su tipicidad”.

1.1.- Allanamiento exento de vicios esenciales del conocimiento e informado.

En el caso en concreto se advierte que el 27 de abril de 2015 se imputaron cargos a los indiciados así:

Mario Alfonso Bernal Torres, por el delito de peculado por apropiación en calidad de interviniente en concurso homogéneo y sucesivo con el delito de asociación para la comisión de un delito contra la administración pública y cohecho por dar y ofrecer como autor.

Kerlin Herrera Reina, como interviniente en el delito de peculado por apropiación, autor del punible de asociación para la comisión de un delito contra la administración pública y coautor de cohecho por dar y ofrecer.

Audiencia preliminar donde los procesados se allanaron parcialmente al cargo de peculado por apropiación en calidad de interviniente y la juez de control de garantías verificó respecto de cada uno que la aceptación fue consciente, libre y voluntaria, es decir, exenta de vicios del consentimiento, con asistencia y asesoría del defensor profesional en derecho.

1.2. Elementos materiales probatorios y evidencias físicas que sustentan la imputación.

Téngase en cuenta que el allanamiento a cargos implica confesión, que encontró corroborada el juez de primera instancia con el análisis acertado de los E.M.P. y E.F. recaudados, que lo determinaron a predicar en derecho la existencia de comportamiento punible a la luz de lo preceptuado en el art. 9 del C.P.. Concretamente, los elementos materiales probatorios que corroboran dicha confesión son:

- Informes de individualización y arraigo de Mario Alfonso Bernal Torres (fls. 1 al 3 del C.E.) y de Kerlin Herrera Reina (fls. 44 al 46 ibídem).
- Copia del contrato de distribución y venta de Lotería de Boyacá del 22 de septiembre de 1999, de los contratos atípicos de distribución y comercialización de Lotería del 13 de diciembre de 2005, con modificación del 29 de septiembre de 2011, del 1 de agosto de 2002, con modificación del 14 de diciembre de 2005 y del 20 de noviembre de 2006 con modificación del 29 de septiembre de 2011 (fls. 4 al 27 ibídem), suscritos por Mario Alfonso Bernal Torres que permiten establecer que éste adquirió la calidad de distribuidor, fue incluido en la base de datos llevada por la entidad para el registro de todos los distribuidores y se obligó a pagar a la Lotería de Boyacá el valor de los billetes vendidos dentro de los 8 días calendario siguiente a la realización de cada sorteo luego de efectuar los descuentos respectivos, mediante consignación en la cuenta bancaria designada por la Lotería de Boyacá.
- Copia de la Resolución 078 del 17 de mayo de 2013 (fls. 28 a 35 C.E.) mediante la cual se declaró el incumplimiento del contrato del 22 de septiembre de 1999 y se ordenó la liquidación de los contratos del 13 de diciembre de 2005 con su modificación del 29 de septiembre de 2011 y de la Resolución 0077 del 17 de mayo de 2013 por la cual se declaró el incumplimiento del contrato el 22 de septiembre de 1999 y el 20 de noviembre de 2006 con su modificación del 20 de septiembre de 2011 (fls. 28 a 43 C.E.)
- Copia del contrato de distribución atípico y venta de Lotería de Boyacá del 25 de febrero de 2005 (fls. 49 al 51 C. E) suscrito por Kerlin Herrera Reina en calidad de representante legal de Distribuciones Ariari y Cía. Ltda. DistriAriari Ltda., con las modificaciones obrantes a folios 52 a 53 c.e. y con las modificaciones del 22 de abril de 2005 (fl. 54 C.E), del 28 de diciembre de 2005 (fls.

55 al 56 C. E.), del 8 de marzo de 2006 (fls. 57 al 58), del 15 de junio de 2007 (fls.59 a 60 C.E.) y de 29 de enero de 2011 (fls. 61 al 62 C. E) y de la Resolución 0174 del 27 de noviembre de 2012 mediante la cual se declaró la caducidad del contrato del 6 de marzo de 2000 suscrito por Kerlin Herrera Reina (fls. 63 al 71 C.E.)

- Copia de la denuncia presentada por Jorge Enrique Sotelo Páez contra responsables del 26 de marzo de 2012 (fl. 72 C.E.), profesional especializado de Contabilidad de la Lotería de Boyacá, donde informa de la existencia de movimientos desde el 1° de enero de 2008 a 31 de diciembre de 2011 correspondientes a valores incorporados al distribuidor Distriariari que no hacen parte de la codificación normal que se realizaba en la contabilidad de la entidad, existiendo un faltante de (\$984.578.392,75) en los libros de contabilidad de la Lotería de Boyacá, suma no reconocida ni pagada por esta Distribuidora.
- Interrogatorio rendido por la indiciada Teresa Montañez Acevedo (fl 78 C.E.) recibido los días 31 de enero de 2013, 1 de febrero de 2013, 10 de abril y 13 de mayo de 2013 (fls. 78 a 88 C.E.) donde narró que cuando llegó al área de cartera de la Lotería de Boyacá a cargo de Esperanza Perico, le contó que el distribuidor Mario Bernal Torres le había entregado dinero a cambio de realizar ajustes de lo que él debía dejando el saldo en cero; ellas maquillaron los informes de contabilidad y a su vez Esperanza le dijo los saldos con el distribuidor de Villavicencio, quien le empezó a consignar en su cuenta de nómina de Davivienda y luego a la cuenta de Esperanza Perico.

Aportó una relación de las consignaciones realizadas por Kerlin Herrera a las cuentas personales de ella y de Esperanza del Pilar Perico Prieto, en favor de la primera por valor de \$103.537.900 (fls. 90 al 97) y de la segunda por \$205.384.000 (fls. 98 al 110 C. E) con las correspondientes copias de las consignaciones.

- Interrogatorio rendido por Kerlin Herrera Reina (fls. 111 al 120 C. E.). Explicó que la funcionaria Teresa Montañez le colaboró con el despacho de la billetería de la lotería a pesar de que debía entre \$120.000.000 a \$130.000.000 quien un día le pidió consignar una suma de dinero en su cuenta personal porque ingresó una consignación de otro distribuidor en el informe que tenía que presentar y que no podía retirar, de manera que apareció al día en sus cuentas pese a que no era así y que le hizo constantemente desde junio de 2010 y 2011, hasta cuando entre octubre y noviembre de ese año le retiraron de cartera y el nuevo funcionario detectó grandes salados sin pagar de varios distribuidores, entre ellos distribuidores “ARIARI”.

A esa fecha sólo le cobraron \$71.000.000.00, suma por la cual hizo un acuerdo de pago, menor a lo que sabía que debía y que ascendía a \$150.000.000. Sin embargo hasta enero de 2012 se estableció en dos informes que debía \$788.000.000, pidiéndole explicación a Teresa Montañez quien le respondió evasivamente, señalándole que eran errores de cartera y tesorería. Presentó copia de las consignaciones hechas en los años 2010 y 2011 a las cuentas personales de Teresa Montañez y de Esperanza Perico, respectivamente por valor de \$177.011.900 para el 2010 y \$341.799.000 para el 2011.

- Interrogatorio a Mario Alfonso Bernal Torres (fls. 121 al 124 C.E) donde cuenta que es Distribuidor de la Lotería de Boyacá, desde hace unos 20 años, mediante un contrato atípico que fue renovado con periodos de 4 a 5 años, modificado de acuerdo a la políticas de la gerencia y en virtud del cual debía realizar consignaciones en las cuentas de la Lotería.

En algunas ocasiones registró retrasos por lo que realizó acuerdos de pago que fue cumpliendo, pero la jefe de cartera Esperanza del Pilar

Perico, para ese momento, lo requirió para pagar sumas de dinero que adeudaba o en su defecto no le despacharía lotería. Posteriormente en la gerencia de Obduber Alexis Ramírez le informaron de algunas inconsistencias.

Esperanza del Pilar lo citó en una cafetería y lo presionó para que le diera dinero de los saldos que debía y a cambio ella se encargó de solucionar el problema ante la Lotería, para lo cual le consignó en la cuenta personal en el del Banco Davivienda, durante unos 4 años por un monto aproximado de \$180.000.000.00 millones.

- Informe contable de investigador de campo del 13 de agosto de 2011 donde se establece que *“Las arcas de la Lotería de Boyacá se vieron afectadas en DOS MIL SETECIENTOS TREINTA MILLONES SEISCIENTOS CUARNETA Y CINCO MIL NOVECIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS M/CTE (\$2.730.645.939.00) para la vigencia 2008-2011”*, una vez se observó que en las áreas de Tesorería, Contabilidad y Cartera existió desorden en cuanto a los procedimientos realizados en cada una produciéndose alteraciones y falencias en el manejo contable de la información durante el periodo investigado (cuaderno informe investigadores contadores).
- Entrevista recibida el 15 de enero de 2013 a German Ricardo Barbosa Granados, ingeniero de sistemas de la Lotería de Boyacá quien informó que la entidad posee un sistema de información compuesto por una base de datos ORACLE 10G, con información desde el año 2001 que ha venido siendo respaldada en copias externas tomadas máximo cada dos (2) días cuya custodia está en la oficina de sistemas en un disco externo dentro de una caja fuerte.

Las aplicaciones se caracterizan porque cuando se va a realizar una anulación o un ajuste nunca se borra el registro original sino que se genera un nuevo registro corrigiendo el original, todos los registros

poseen usuario, fecha y hora del funcionario que los genera. Además hay aplicaciones que poseen bitácoras especiales donde se registra información de ajustes realizados, a partir de las cuales se pueden evidenciar los hechos objeto de las investigaciones de tesorería, loterías, contabilidad y el submódulo de cartera.

En ampliación recibida el 06 de Febrero de 2013 informó lo concerniente a los paquetes contables adquiridos por la Lotería de Boyacá, las áreas a las cuales se les aplica y los niveles de seguridad de los mismos (fls. 1 al 8 C. entrevistas).

- Entrevista a Oduber Alexis Ramírez Arenas del 1 de febrero de 2013, gerente de la Lotería de Boyacá y quien manifestó que llegó a esa entidad el 3 de enero de 2012 y en la reunión de empalme, el Gerente saliente le informó que debía tener cuidado con el departamento de cartera, debido a que no habían movimientos claros en esa dependencia por lo que solicitó a la jefe del momento de ese departamento, realizar una auditoría interna al recaudo de los dineros producto de la venta de la billetería, evidenciándose irregularidades como firma de acuerdos de pago con distribuidores, contratos terminados y en algunos casos caducidad de los mismos.

Creó el sistema de facturación en el área de cartera como medida conducente para el recaudo de los dineros que entraban a la entidad, fruto de la comercialización y venta de billetería para evitar un detrimento patrimonial a la entidad (fls. 9 al 15 C. entrevistas).

- Entrevista del 20 de febrero de 2013 a Nelsy Edlia Lemus Chaparro, economista especializada en finanzas, servidora de la Contraloría Departamental de Boyacá quien informó que en la auditoría especializada practicada a la Lotería de Boyacá se evidenció que el detrimento patrimonial para esa entidad fue de \$3.960.234.359 por concepto de venta de billetería, originada en la disminución del saldo

de cartera a favor de algunos distribuidores y en contra de las finanzas de la Lotería de Boyacá.

Para la Contraloría los ajustes realizados en el sub-módulo de cartera a través de la Figura “ajustes” por concepto de abonos o consignaciones no cuentan con documentos legales e idóneos que sirvan como soporte del registro contable. Dichos registros cargados y capturados por el módulo de cartera fueron manipulados en el sistema por el funcionario responsable del área, lo que generó inexactitud premeditada de cifras (fls. 16 al 17, ibíd.).

- Entrevista del 20 de febrero de 2013 a Gladys Maria Villamarin Prieto, administradora de Empresas, funcionaria de la Contraloría Departamental de Boyacá quien participó en la realización de la auditoría especializada practicada a la Lotería de Boyacá. Reitera lo expuesto por Nelsy Edlia Lemus Chaparro (fls. 18 al 19 ibíd).
- Entrevista del 1 de marzo de 2013 a Pablo Henry Saenz Robles. Es contador y auditor de la firma SAENZ AUDITORES CONSULTORES S.A., empresa que celebró contrato en el año 2012 con la Lotería de Boyacá para determinar los saldos reales de cartera y comunicar los informes de control interno, entre otras actividades.

Auditó las áreas de contabilidad, cartera y loterías y encontró que los procedimientos utilizados en la cuenta de cartera carecen de razonabilidad porque sus saldos no corresponden al dato auditado por ellos. Finalmente añade que presentaron un informe a la Junta Directiva de la Lotería de Boyacá, donde se encuentran los hallazgos del trabajo de auditoría con sus respectivos anexos (fls. 21 al 22 ibíd).

- Entrevista recibida el 13 de abril de 2014 por Adriana Saavedra Torres, administradora de empresas y ex funcionaria de la Lotería de Boyacá en el cargo de técnico administrativo. Relató que se vinculó a

la Lotería de Boyacá desde 1996 en el cargo de auxiliar administrativo y actualmente labora como técnico en las áreas de contabilidad, cartera y tesorería. Cuando estuvo en cartera la jefe era Esperanza Perico y tenía como funciones verificar que los pagos estuvieran ingresados en el sistema desde tesorería.

Adujo que ella llevaba un control de los pagos realizados por los distribuidores. Cuando no se efectuaban los llamaba para cobrarles, cada dos meses les imprimía el estado de cuenta y los enviaba a cada distribuidor.

Informó que ella no podía manejar manualmente el sistema ya que sólo tenía acceso a consultas mientras que Esperanza Perico y Teresa Montañez si podían ingresar al sistema para cualquier modificación.

Mientras laboró en esas dependencias no observó irregularidades, excepto una vez cuando Teresa Montañez realizó un retiro por una alta suma de dinero y el Gerente del banco llamó al Gerente de la Lotería para informarle, momento a partir del cual se supo de la existencia de irregularidades.

Cuando laboró en el área de Tesorería tuvo conocimiento de algunas inconsistencias como la anulación de registros porque se ingresaba al distribuidor que no correspondía o al Banco que no era y como se reflejaba en cartera, al cuadrar el boletín diario se daban cuenta que estaba mal y lo corregían manualmente, aprovechaban ese error para cargárselo a otros distribuidores.

Cuando estaba de jefe de cartera Esperanza Perico, ella mandaba notas cobrándole a distribuidores como Mario Bernal, Kerlin Herrera, Ernesto Siachoque, Rosalbina Jerena y Delenda Villate.

Le consta que cuando Esperanza salió de Cartera y estaba en presupuesto todavía manejaba el módulo de cartera, aunque le correspondía al ingeniero German Barbosa quitarle la clave de acceso. Ya la jefe era Teresa Montañez (fls. 23 al 27 ibíd).

- Entrevista a Lucia Consuelo Wanumen Camargo, administradora de empresas quien laboró en la Lotería de Boyacá como tesorera desde el mes de Enero de 2008 hasta septiembre de 2010. Indicó que desde tesorería se hacían correctamente los movimientos de ingresos como de egresos porque su único soporte eran los portales bancarios que reportaban las entradas y salidas en un período contable y si se presentaron irregularidades en el área de cartera, las desconoce totalmente
- Entrevista a Ana Mercedes Díaz Rojas del 13 de mayo de 2014. Administradora de empresas. Trabajó en la Lotería de Boyacá desde el 24 de Abril de 2000, en el área de cartera y luego desde el 2005 hasta el 2012 en el área de tesorería, como técnico administrativo. Relató que en tesorería no había forma de ver qué movimientos se hacían en cartera, solamente manejaban lo que eran bancos y en varias oportunidades manifestó que cartera era una rueda suelta cuyo aplicativo no podía ser consultado por las demás áreas.

Agregó que el cruce de la información de tesorería con los bancos lo hacía cada final de mes con contabilidad para comparar los saldos y en ninguna oportunidad se presentó diferencia. Siempre coincidían los saldos de los estados de tesorería con los soportes físicos de los bancos (fls. 31 al 33 ibíd).

- Entrevista recibida el 29 de mayo de 2014 a Herson Yovani Caicedo, administrador de empresas y empleado de la Lotería de Boyacá desde mayo de 1996, en los cargos de lectura de premios en apuestas permanentes, en el área comercial y en tesorería. Expuso

que nunca cuadraban los informes de tesorería, presupuesto y contabilidad, época para la cual la jefe de Cartera era Esperanza Perico y si ella decía que todo estaba bien se le daba credibilidad.

Cuando fue trasladado al área comercial, aprovechando unas vacaciones revisó las cuentas de los 140 distribuidores del año 2011 y observó que la cartera era muy superior a los informes que ellas pasaban. Esa información se le hizo saber al Gerente Carlos Castro quien llamó a estas dos funcionarias para que explicaran, pero Esperanza Perico le dijo que la diferencia obedecía a una famosa cuenta cero, que supuestamente era cuando no se identificaba al cliente o el sorteo al cual iba a pagar. Adujo que una reunión les preguntó cuánto era el total de la cuenta cero y ellas no supieron explicar (fls. 34 al 35 ibíd).

Estos elementos materiales probatorios con que contaba la fiscalía sin duda alguna permiten derruir la presunción de inocencia y edificar la existencia de comportamiento punible.

1.3. Ausencia de violación a garantías fundamentales.

Finalmente en el trámite no se advierte vulneración a garantías fundamentales y por lo tanto era procedente dictar la correspondiente sentencia condenatoria, no sin antes advertir que el comportamiento constituye conducta punible a la luz del artículo 9° del Código Penal, pues corresponde perfectamente con la descrita en el tipo penal; se vulneró el bien jurídico de la administración pública sin que obre causal que lo justifique y porque el sujeto agente conocía los hechos constitutivos de infracción penal y se determinó a realizarlo, como evidentemente lo logró.

2.- De los motivos de impugnación.

Para desarrollar el problema jurídico que se contrae a determinar si debe modificarse o no la pena impuesta a los condenados por vía de exclusión de los agravantes consagrados en el inc. 2 del art. 397 y parágrafo del art. 31 del C.P la Sala abordará para el caso en concreto el estudio de los siguientes temas: (i) del principio de congruencia entre la formulación de imputación y la sentencia condenatoria ante el allanamiento a cargos (ii) de la noción y requisitos del delito continuado y su diferencia con el concurso de delitos (iii) de la circunstancia de agravación por la cuantía y la modalidad de delito continuado predicable del peculado por apropiación en el presente caso y (iv) de la tasación punitiva.

2.1.-Del principio de congruencia entre la formulación de imputación y la sentencia condenatoria ante el allanamiento a cargos

La formulación de imputación es un acto solemne de comunicación que se surte ante el Juez con Función de Control De Garantías y en presencia del indiciado y/o su defensor donde el fiscal, luego de individualizarlo e identificarlo, comunica oralmente la imputación fáctica y jurídica en su contra por un delito o delitos que posiblemente cometió junto con las circunstancias genéricas y específicas que inciden en la punibilidad, ofreciéndole la posibilidad de aceptar cargos a cambio de recibir una rebaja hasta del 50% de la pena eventualmente imponible (art. 351 C.P.P.) o una rebaja menor si la captura es en flagrancia y a partir del cual se adquiere la condición de imputado (art. 286 ibíd.).

Así las cosas, el procesado tiene el derecho a saber y el fiscal el deber de informar con precisión los aspectos facticos y jurídicos del hecho constitutivo del delito que le es imputado, es decir la conducta circunstanciada y su calificación jurídica de conformidad con lo previsto en el núm. 2 del art 288 en concordancia con el principio de congruencia consagrado en el art. 448 de la Ley 906 de 2004, debido a que a partir de ese conocimiento de los hechos y sus correspondientes

consecuencias jurídicas, de forma libre y voluntaria puede optar por aceptar los cargos para obtener una rebaja sustancial de la pena o continuar el juicio público para discutir los hechos o su responsabilidad.

En torno al principio de congruencia entre la formulación de imputación y la sentencia cuando el imputado acepta cargos, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha insistido que debe proferirse en los términos en los que se allanó el imputado. Puntualmente indicó:

“(...) En relación con los eventos en los cuales el sujeto pasivo de la acción judicial penal se allana a los cargos, la Sala ha destacado que la formulación de imputación que sirve de base para tal allanamiento debe contener la relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes como marco de la actuación a fin de que no exista duda de la conducta que se imputa, pues se la ha de tener como acusación: ‘...tal concepción se articula con la idea de que la imputación, como ya se dijo, y como lo impone el sistema penal colombiano, y lo ha expresado la Corte, no puede ser solo fáctica -no por razón de una construcción histórica ligada a un específico sistema procesal, sino porque como entre otras cosas lo exige el nuevo código procesal-, desde la misma formulación de la imputación, el fiscal debe hacer una narración clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, lo que implica valorar desde la perspectiva jurídica los hechos que se imputan⁵’

(...)

Por ello, se ha insistido en que la imputación fáctica y jurídica se impone para su adecuada formulación, la cual ha de ser conocida por el imputado y su defensor a efectos del allanamiento, como marco que sujeta al juzgador so pena de infringir el principio de congruencia, ora por acción o por omisión cuando se: i) condena por hechos o por delitos distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de imputación o de

⁵ Sentencia de casación de 20 de octubre de 2005. Radicación 24026.

*acusación, ii) condena por un delito que no se mencionó fáctica ni jurídicamente en el acto de formulación de imputación o de la acusación, iii) condena por el delito atribuido en la audiencia de formulación de imputación o en la acusación, pero deduce, además, circunstancia, genérica o específica, de mayor punibilidad, y iv) suprime una circunstancia, genérica o específica, de menor punibilidad que se haya reconocido en las audiencias de formulación de la imputación o de la acusación.*⁶

(...)

El anterior recuento jurisprudencial, le permite a la Sala insistir en la obligación de formular tanto la imputación como la acusación, con todos los factores que incidan en el grado del injusto, al punto que en el primer caso, los cargos en sus componentes fácticos y jurídicos resultan inmodificables en evento de allanamientos, acuerdos o preacuerdos, y siempre, claro está, que permanezcan indemnes las garantías fundamentales del imputado; así mismo, en el trámite ordinario se genera la imposibilidad de modificar el aspecto fáctico consignado en la formulación de acusación, sin perjuicio de que las pruebas practicadas en el debate oral den lugar a una tipicidad que conserve equivalencia con el núcleo básico de la imputación y que, además, no implique deterioro de los derechos de las partes e intervinientes” (cfr. CSJ. SP. 28 de nov 2007, rad. 27518).

Ese criterio fue reiterado por la Sala Penal en sentencia del 10 de marzo de 2010 (rad. 32422) en los siguientes términos:

“Finalmente, dígase que las exigencias sustanciales previstas por el legislador a cargo de la Fiscalía General de la Nación en relación con la formulación de la imputación, se relacionan estrechamente con el principio de congruencia, toda vez que cuando el imputado se allana a los

⁶ Sentencia de casación de 6 de abril de 2006. Radicación 24668

delitos expresados en esa diligencia, ese es el marco que de modo inexorable vincula fáctica y jurídicamente al juez de conocimiento para emitir el respectivo fallo, dado que cuando ello ocurre, lo hasta ese momento actuado equivale a acusación formal, con todas las consecuencias que ello implica, en particular, que de acuerdo con el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, el sujeto pasivo de la pretensión punitiva, es decir, el procesado, ‘no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se haya solicitado condena’.

La Sala, con ocasión de la entrada en vigencia del sistema de enjuiciamiento acusatorio (en consideración, entre otros, de los principios: acusatorio, según el cual no hay proceso sin acusación proferida previamente por un órgano independiente, igualdad de armas o de partes, cuya función es moderar el ejercicio del ius puniendi para que la Fiscalía y la defensa cuenten con las mismas facultades y prerrogativas, y el derecho de defensa), ha sido reiterativa en precisar que aquella garantía —la de congruencia— traduce la obligación de formular la imputación, la presentación de preacuerdos o negociaciones y la acusación, con todos los factores que incidan en el grado del injusto.

Y ha de ser así porque si el allanamiento a la imputación significa la renuncia por parte del imputado a las garantías de no auto incriminación, del juicio oral, debate y controversia probatoria, lo mínimo que se puede esperar del fiscal que la formula de manera oral, es que, además de fijarla con suma precisión en sus facetas fáctica y jurídica, la exprese de manera tan clara que tanto el investigado como la defensa sepan a cabalidad cuál es el marco de la imputación y puedan proyectar con gran margen de proximidad las consecuencias punitivas de aceptar los cargos imputados.”

Sobre este aspecto, la Sala debe aclarar que si bien el principio de congruencia debe ser estudiado en concreto a partir de la clase de

procedimiento, es decir, juicio oral o desde los mecanismos de terminación abreviada del proceso, no debe excluirse la regla jurisprudencial actual adoptada⁷ por la Corte Suprema de Justicia, consistente en la facultad reconocida al juzgador para proferir condena por un delito distinto de aquel por el cual se acusó bajo la condición que la nueva tipicidad guarde identidad con el núcleo básico y no implique desmedro de la situación del encausado.

Lo anterior debido a que se comparte la misma premisa básica: el Juez Penal es garante de los derechos humanos y constitucionales que le asiste al procesado, dentro del cual se encuentra el de legalidad y el principio de congruencia.

De modo que se habilita al juzgador para variar la calificación jurídica contemplada en la audiencia de formulación de imputación pero siempre a favor del enjuiciado y bajo la condición que se degrade la responsabilidad en la sentencia de acuerdo con núcleo básico de los hechos endilgados, de manera que permanecen indemnes sus garantías fundamentales.

2.2 Noción y requisitos del delito continuado y su diferencia con el concurso de delitos

Atendiendo al principio de unidad de acción en el Código Penal de 2000 se consagró (art. 31), entre otras instituciones, el concurso de conductas punibles y se previó un aumento punitivo de una tercera parte sobre el tipo respectivo cuando concurre la figura de delito continuado, institución que no fue definida legalmente, por manera que ha sido la jurisprudencia la que ha desarrollado su noción y presupuestos, en conjunto con la doctrina.

⁷ Cfr. CSJ, SP 22 de mar. 2017, rad. 48253.

La consagración de este instituto jurídico ha sido objeto de crítica al incluirse dentro de la figura del concurso delictivo, por ser opuesta, última institución que durante la vigencia del Código Penal de 1980 reemplazó el delito continuado bajo la aplicación del instituto del concurso homogéneo y sucesivo (cfr. CSJ, SP. 28 de nov. 2007, rad. 27518).

El Código Penal de 1936 clasificó el concurso efectivo real en ideal (art. 31), material (art. 33) y continuado (art. 32). Ideal, cuando el agente o autor con un solo comportamiento vulneraba varios intereses jurídicos tutelados por el Estado y se adecuaba a varios tipos penales; material cuando el autor o agente con una o varias acciones u omisiones y finalidades diversas producía pluralidad de violaciones jurídicas y su adecuación típica era múltiple y concurso monotípico, concurso continuado o delito continuado cuando el sujeto activo con una pluralidad de comportamientos, cohesionados bajo una misma ideación, vulneraba en diversas oportunidades el interés jurídico protegido por un mismo tipo legal que se distinguió del concurso material por la unidad de designio criminoso y por la homogeneidad del bien jurídico, distinción que no fue afortunada, debido a que la homogeneidad no descartaba el concurso material y el concepto de designio criminoso se convirtió en un concepto de difícil comprensión⁸.

Anudado a lo anterior, parte de la doctrina para la época postuló la supresión de este instituto jurídico, entre otras razones, por su imprecisión jurídica conceptual y porque no es más que una modalidad del concurso material sucesivo y homogéneo en cuanto cada una de las conductas que de forma reiterada son ejecutados por el sujeto activo se subsumen en un mismo tipo penal⁹.

⁸ Ibáñez Guzmán, A. J. (1998). Apuntes de derecho penal. Parte General. Ediciones. p. 273.

⁹ Reyes Echandía, A. (1981). La tipicidad. Universidad de Externado de Colombia. pp. 227 - 245.

Bajo este contexto, sobre la noción, requisitos y origen del delito continuado regulado en el parágrafo único del art. 31 del Código Penal actual, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido:

(...) De tal disposición se desprende que el legislador de 2000 institucionaliza las siguientes figuras¹⁰:

*a). **Concurso material o real.** Considerado como la modalidad natural de los concursos, pues varias acciones dan lugar a varios delitos. Es el que se presenta cuando una misma persona comete varios delitos susceptibles de encajar en un mismo precepto penal o en varios, los cuales deben guardar una completa autonomía o independencia tanto en el plano subjetivo como en el objetivo. En este caso no hay unidad de acción sino acciones u omisiones independientes y se aplican los tipos respectivos puesto que no son excluyentes.*

*b). **Concurso ideal o formal.** Se presenta cuando con una sola acción se produce la comisión de dos o más delitos. Se da cuando una misma persona con una sola acción u omisión comete varios delitos y para efectos de la valoración jurídica del hecho el funcionario judicial encuentra que existen dos o más disposiciones que no se excluyen entre sí, que toman en consideración algunos aspectos distintos de él, los que solo en su conjunto agotan el contenido antijurídico.*

*c). El **delito continuado.** Fue concebido como una figura jurídica autónoma, independiente y que no forma parte del concurso de delitos¹¹.*

El legislador considera la existencia de un sólo delito cuando un mismo sujeto dentro de un propósito único comete sucesivamente varias infracciones entre las cuales existe homogeneidad.

¹⁰ Sirve de soporte a la reseña la Sentencia C-133/99 de la Corte Constitucional.

¹¹ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 25 de junio de 2002, radicación 17089.

De tal manera, el delito continuado es aquel en el que se produce una pluralidad de acciones u omisiones de hechos típicos diferenciados que no precisan ser singularizados en su exacta dimensión, las cuales se desarrollan con un dolo unitario, no renovado, con un planteamiento único que implica la unidad de resolución y de propósito criminal, es decir, un dolo global o de conjunto como consecuencia de la unidad de intención, y que fácticamente se caracterizan por la homogeneidad del modus operandi en las diversas acciones, lo que significa la uniformidad entre las técnicas operativas desplegadas o las modalidades delictivas puestas a la contribución del fin ilícito, siendo preciso una homogeneidad normativa, lo que impone que la continuidad delictiva requiera que el autor conculque preceptos penales iguales o semejantes, que tengan como substrato la misma norma y que ésta tutele el mismo bien jurídico; y se exige la identidad de sujeto activo en tanto que el dolo unitario requiere un mismo portador.

La creación ideológica del delito continuado nace en el ámbito de los delitos patrimoniales con el propósito de evitar la pena de muerte al ter furatus, siendo posteriormente cuando, gracias a la jurisprudencia y a la doctrina, especialmente la italiana y la alemana, adquiere carta de naturaleza propia con características específicas y particulares distintas a la pietatis causa, alcanzando la consideración de realidad jurídica fundada en el llamado «dolo conjunto». Para que exista delito continuado no basta con la pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, sino que es imprescindible el dolo unitario, ya que éste es el que permite reconducir la pluralidad a la unidad. Por tanto, sin este dolo específico, que se debe analizar en cada caso concreto con suma atención, no existe delito continuado sino que se está en presencia de alguna de las diferentes clases de concurso.

(...) Adicionalmente, la doctrina también distingue entre concurso homogéneo y concurso heterogéneo, siendo el primero aquel que se

presenta cuando el bien jurídico afectado es uno sólo, y el segundo, cuando la acción o las acciones lesionan varios bienes jurídicos. Igualmente, se señala que dependiendo de la distancia temporal que separe los hechos delictivos que concurren, el concurso puede ser simultáneo o sucesivo (cfr. CSJ SP 28 de jul. 2007. Rad. 27383, reiterado el 16 de jul. 2014, rad.41.800).

De manera que para descartar la existencia de un concurso de conductas punibles que pongan en peligro el mismo bien jurídico de forma sucesiva en la imputación deberán concurrir los siguientes presupuestos jurídicos para predicar el delito continuado como unidad de acción:

1. Pluralidad de conductas: debe concurrir más de una conducta típica, de acción u omisión. La pluralidad de conductas no significa múltiples actos, como ejemplo de esto último expone la doctrina a la persona que penetra sucesivamente a un local para trasladar varias piezas de mercancía a un vehículo. En su lugar, debe entenderse a partir del instituto de la unidad jurídica de la acción que integra la pluralidad de conductas cohesionadas bajo el plan unitario¹², es decir de no existir la ficción jurídica del delito continuado, estas conductas conformaría una pluralidad de delitos escindibles entre sí.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha precisado:

“(...) el delito continuado presupone la unidad de conducta, en el sentido final y normativo o jurídico penal, aunque desde el punto de vista físico o natural puedan individualizarse varios movimientos que a su vez parezcan coincidir repetidas veces con la misma descripción típica.

“...se está frente a un evento de delito continuado cuando el autor en desarrollo de un plan preconcebido, con la misma proyección final de la

¹² Reyes Echandía, A. (1981). La tipicidad. Universidad de Externado de Colombia. P. 227 - 245.

conducta, realiza varias acciones u omisiones que afectan un bien jurídico que admite graduación, que de analizarse separadamente podrían adecuarse típicamente como la reiteración del mismo precepto penal, o comportaría la incursión en uno de semejante estructura (vgr.: hurto, hurto calificado, hurto agravado); y tal comportamiento produce consecuencias sobre uno o varios sujetos pasivos (...) (cfr. CSJ, SP. 20 de feb. 2008, rad. 28880).

2. Dolo común unitario: es el elemento subjetivo que ha de abarcar el hecho total concreto y consiste en un acto volitivo constituido por el plan preconcebido del autor a partir del cual el agente coordina de forma armónica las conductas punibles ejecutadas para conseguir el fin planeado y por lo tanto, debe permanecer inalterable.
3. Homogeneidad de los actos particulares y vulnerabilidad gradual del bien jurídico. Los actos particulares del delito deben infringir la misma disposición jurídica, de manera que los actos posteriores son una ampliación del mismo contenido del injusto y de manera gradual afecta el bien jurídico protegido, sea vulnerándolo o poniéndolo en peligro, por lo que se excluyen aquéllos de carácter personalísimo¹³, en los que se agota su existencia con la realización de cada uno de esos comportamientos.

2.3 De la circunstancia de agravación por la cuantía y la modalidad de delito continuado predicable del peculado por apropiación en el presente caso.

La Sala abordará de manera conjunta el análisis de las impugnaciones presentadas por la defensa técnica de los procesados al estar soportadas en idénticas situaciones de hecho y de derecho en lo concerniente a la circunstancia de agravación por la cuantía y la modalidad de delito continuado.

¹³ Cfr. CSJ SP. 1 de Jun. 2016, rad. 47504

En sentir de los recurrentes, en la formulación de imputación se atribuyó el delito de peculado por apropiación como concurso pero no como unidad de acción bajo la modalidad de delito continuado y tampoco se imputó la circunstancia de agravación por la cuantía de forma expresa, de manera que el juez a quo desconoció el principio de congruencia que debe existir entre el allanamiento y el fallo condenatorio al dosificar la pena de acuerdo con los aumentos previstos en el parágrafo del art. 31 del C.P. y el inc. 2 del art. 397 ibídem.

Revisados los audios de la audiencia de imputación celebrada el 27 de abril de 2015 se constata que:

1. Se formularon cargos contra Mario Alfonso Bernal Torres “*como interviniente en el delito de peculado por apropiación en concurso homogéneo y sucesivo con el delito de asociación para la comisión de un delito contra la administración pública y cohecho por dar y ofrecer como autor*” y a Kerlin Herrera Reina “*como interviniente en el delito de peculado por apropiación, autor del punible de asociación para la comisión de un delito contra la administración pública y coautor de cohecho por dar y ofrecer*”¹⁴. Previa imputación fáctica respecto de cada uno de los dos indiciados, el ente acusador reiteró estos cargos¹⁵.
2. En la imputación fáctica, la Fiscalía respecto de las circunstancias del hecho que estructuran el delito de peculado enunció varias acciones de la misma especie que cometieron los indiciados y que se ajustan a la descripción típica del delito de peculado por apropiación en la modalidad de delito continuado por tratarse de conductas punibles cohesionadas y coordinadas armónicamente entre sí para conseguir un fin preconcebido como se infiere de la reseña de los hechos

¹⁴ Imputación 2015-000431 (Rec. 1:00:45).

¹⁵ Imputación 2015-000431 (Rec. 2:00:54) y 1 Imputación jurídica 2012-00431 (Rec. 00 9:31).

jurídicamente relevantes que fueron expuestos y que a continuación se sintetizan:

En concreto, la Fiscalía respecto a Mario Bernal Torres¹⁶. señaló que él entregó directa y personalmente a la servidora pública Esperanza del Pilar Perico Prieto sumas de dinero para pagar gastos personales, arriendo de inmuebles, colegiaturas y para adquirir un bien inmueble en el barrio Santa Inés de la ciudad de Tunja al igual que le consignó parte del dinero en su cuenta personal; mientras que en relación a Kerlin Herrera Reina¹⁷ narró que consignó en la cuenta No. 6070234180 del Banco Davivienda cuya titular era la servidora pública Esperanza del Pilar Perico Prieto la suma de \$373.773.000.00 y a la Servidora Teresa Montañez en la cuenta 6000654697 la suma de \$150.544.300, sujetos que contribuyeron con estas conductas a que Teresa Esperanza Montañez Acevedo y Esperanza del Pilar Perico Prieto se apropiaran de \$2.705.425.636, en detrimento patrimonial para la Lotería de Boyacá pues este dinero debía consignarse en las cuentas de esta entidad territorial en cumplimiento de las obligaciones adquiridas respectivamente por los indiciados al suscribir los contratos atípicos de distribución de lotería, a cambio de que ellas hicieran los ajustes necesarios para disminuir saldo a la deuda, aparecer a paz y salvo y evitar la suspensión de la distribución de lotería. En el caso de Kerlin Herrera Reina la deuda que tenía con la Lotería de Boyacá era de \$962.724.609.00 mientras que lo adeudado a la Lotería de Boyacá por parte de Mario Bernal Torres era la suma de \$370.333.950.00

3. La Fiscalía igualmente, previo requerimiento tanto de la defensa técnica del procesado Mario Bernal Torres¹⁸ como de Kerlin Herrera Reina¹⁹ en cuanto a la dosificación punitiva aclaró para cada uno que el límite punitivo del delito de peculado por apropiación se aumentaría

¹⁶ Imputación 2015-000431 (Rec.01:40:46)

¹⁷ 1 Imputación 2015-000431 (Rec.00:01:05)

¹⁸ 2 Imputación 2015-000431 (Rec.00:16:54)

¹⁹ 2 Imputación 2015-000431 (Rec.00:27:26)

por la cuantía y por tratarse de un delito continuado al igual que era aplicable el diminuyente en razón a la calidad de interviniente de un cuarto, siendo el ámbito de movilidad entre 96 meses y 320 meses.

4. Los procesados se allanaron parcialmente a los cargos, aceptando el delito de peculado por apropiación en calidad de interviniente y la juez de control de garantías verificó respecto de cada uno que la aceptación fuera consciente, libre y voluntaria, es decir, exenta de vicios del consentimiento, con asistencia y asesoría del defensor profesional en derecho.

La Juez con Función de Control de Garantías respecto de Mario Bernal Torres²⁰ como de Kerlin Herrera Reina²¹ indagó individualmente acerca de la comprensión de los cargos que formuló la fiscalía a lo cual respondieron afirmativamente y acto seguido ante la pregunta de si los aceptaban contestaron que aceptaban el delito de peculado por apropiación en calidad de interviniente.

Conforme a lo expuesto y a modo de conclusión, de los hechos jurídicamente relevantes atribuidos en la imputación realizada por la Fiscalía se infiere que la conducta penal concurrente y cometida tanto por Mario Bernal Torres²² como por Kerlin Herrera, aunque independientes pero idénticas en su modo de ejecución, se adecuan típicamente al punible de **peculado por apropiación en la modalidad de delito continuado** y por cuantía superior a 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes en calidad de intervinientes, de conformidad con el párrafo único del art 31 del C.P y el inc.2 del art. 397 ibídem, por tratarse de comportamientos idénticos en su comisión y articulados en virtud de la unidad de designio criminal o propósito delincuencia, que en este caso es igual para los dos, y que no era otro diferente a conservar la calidad de distribuidores y apropiarse de una parte del valor de los

²⁰ 2 Imputación 2015-000431 (Rec.01:22:00)

²¹ 3 Imputación 2015-000431 (Rec.01:29:39)

²² 2 Imputación 2015-000431 (Rec.01:22:00)

billetes vendidos que debían consignar a favor de Lotería de Boyacá dentro de los ocho días calendarios siguientes a la realización de cada sorteo en virtud del contrato atípico de distribución de lotería que suscribió cada uno. Con esa modalidad conductual permitieron que Teresa Esperanza Montañez Acevedo y Esperanza del Pilar Perico Prieto se apropiaran de una parte de esos dineros, a cambio que ellas ajustaran los registros en el submódulo de contabilidad para que no reflejara las deudas reales y así evitar la suspensión de la entrega de billetería de lotería para seguir distribuyendo en Tunja y Villavicencio, respectivamente, conductas que se ejecutaron reiteradamente y que afectaron gradualmente el bien jurídico tutelado por el punible mencionado, esto es la administración pública, como se les hizo saber a los imputados en la vista pública el 27 de abril de 2013 donde además el fiscal enunció los elementos materiales de prueba con los que contaba para sustentar la imputación, entre otros, las entrevistas realizadas a los mismos imputados y a Teresa Esperanza Montañez Acevedo y Esperanza del Pilar Perico Prieto, donde narraron lo expuesto y el informe ejecutivo rendido por los investigadores contadores del C.T.I.

Aunque la Fiscalía imputó a Mario Alfonso Bernal Torres el delito de peculado por apropiación *“en calidad de interviniente en concurso homogéneo y sucesivo con el delito de asociación para la comisión de un delito contra la administración pública y cohecho por dar y ofrecer como autor”* mientras que contra Kerlin Herrera Reina *“como interviniente en el delito de peculado por apropiación, autor del punible de asociación para la comisión de un delito contra la administración pública y coautor de cohecho por dar y ofrecer”* y a la vez refirió que dicho comportamiento se ejecutó en la modalidad de continuado, proceder ambiguo. Debe tenerse en cuenta que los hechos jurídicos relevantes expuestos como componente fáctico de la imputación se adecuan al punible bajo examen en la modalidad de delito continuado y con la circunstancia específica de agravación punitiva en razón a la cuantía, que se les hizo saber a los

sentenciados en la misma audiencia de imputación de forma expresa al momento en que la Fiscalía explicó los parámetros generales de dosificación punitiva, previo requerimiento de la defensa técnica de cada procesado y antes al allanamiento²³.

De manera que esta imprecisión durante la audiencia de imputación no goza de la virtualidad suficiente para trascender y lesionar el debido proceso o derecho de defensa de los condenados de modo que deba modificarse la pena impuesta por vía de exclusión de los agravantes consagrados en el inc.2 del art. 397 y parágrafo del art. 31 del C.P., por violación del principio de congruencia, toda vez que como se concluyó fue objeto de precisión en la audiencia de imputación y por lo tanto los recurrentes fueron advertidos y enterados expresamente de esta consecuencia punitiva y en efecto el juez a quo, como sucedió al momento de proferir la sentencia condenatoria por la aceptación de cargos del delito de peculado por apropiación en calidad de interviniente, estaba habilitado para dosificar la pena conforme a estas dos circunstancias.

Por otro lado en consideración a que el incremento del inc.2 del art. 397 se aplica de conformidad con la cuantía del delito de peculado por apropiación, que en la figura del delito continuado asciende al valor de todas las sumas objeto de apropiación²⁴ y se determina por el valor de 200 salarios mínimos legal mensuales vigentes para el momento de los hechos²⁵, esto es para el caso en concreto \$107.120.000.00, teniendo en cuenta que el último acto de apropiación tanto por Mario Alfonso Bernal Torres como Kerlin Herrera Reina ocurrió en el 2011, año para el cual el salario mínimo era \$535.600.00 y que el procesado Mario Alfonso Bernal Torres aceptó en la audiencia preliminar de imputación la comisión de un delito continuado de peculado por apropiación en cuantía de \$370.333.950.00, mientras que Kerlin Herrera Reina lo hizo por la suma

²³ 2 Imputación 2015-000431 (Rec.00:16:54) y 2 Imputación 2015-000431 (Rec.00:27:26).

²⁴ Cfr. SP. 8 de jul. 2009. Rad. 26952, reiterado en 7 de nov. 2012. Rad. 32939

²⁵ Cfr. SP. 22 de feb. 2012. Rad. 30777

de \$962.724.609.00, tal como lo señaló el a quo, esta Corporación advierte que no le asiste razón a los recurrentes cuando niegan que la Fiscalía imputó fáctica y jurídicamente el agravante derivado de la cuantía.

Como lo transcribió el juez a quo, en la audiencia de imputación el ente acusador afirmó en cuanto a Mario Alfonso Bernal Torres: *“Como quiera que ese Gerente OBDUBER ALEXIS RAMIREZ se negó a aceptar esos acuerdos de pago que BERNAL le propuso, logró con el Dr. JORGE CLELIO CARDOZO, jurídico de la entidad para que le propusieran al Nuevo Gerente MIGUEL ALFONSO SILVA PESCA la realización de un acuerdo de pago, como efectivamente se hizo por una deuda de \$97.692.650 cuando lo que realmente BERNAL adeudaba a la Lotería de Boyacá era de \$370.333.950.00”* y sobre Kerlin Herrera Reina *“(…) dado que KERLIN HERRERA le consignó directamente en la cuenta No. 6070234180 del Banco Davivienda de la servidora ESPERANZA DEL PILAR PERICO PRIETO la suma de \$373.773.000 y a la servidora TERESA MONTAÑEZ ACEVEDO a la cuenta 6000654697 del Banco de Davivienda la suma de \$150.544.300 para que éstas dos se repartieran el dinero, siendo que la deuda que tenía con la Lotería de Boyacá, que según el dictamen de los Contadores de la Fiscalía suma NOVECIENTOS SESENTA Y DOS MILLONES SETECIENTOS VEINTICUATRO MIL SEISCIENTOS NUEVE PESOS (\$962.724.609) por todos los conceptos derivados del contrato en el periodo 2008-2011 no aparecían en los estados financieros (...)”*. De manera que la imputación fáctica y normativa formulada fue explícita. Los condenados Mario Alfonso Bernal Torres y Kerlin Herrera Reina y sus respectivos defensores técnicos sí conocieron de la agravación punitiva, sin lugar a confusión y así se allanaron.

Por lo expuesto, no le asiste razón a ninguno de los abogados de confianza de los sentenciados debido a que no existe incongruencia entre la imputación fáctica y jurídica aceptada y el fallo condenatorio; no se aplicaron consecuencias punitivas diversas no comunicadas y se condenó conforme a los hechos jurídicos relevantes por el delito

atribuido y aceptado con base en el allanamiento y en los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legamente obtenida, aportados por el ente acusador y conocidos por los procesados en la fase preliminar.

2.4 De la Tasación de la Pena.

Así las cosas el juzgador fijó correctamente los ámbitos de movilidad de la pena impuesta al aplicar los aumentos previstos en el parágrafo del art. 31 del C.P. y el inc. 2 del art. 397 ibídem, a diferencia de lo alegado por los recurrentes.

El marco punitivo previsto para el delito de peculado por apropiación, de acuerdo con el artículo 397, inciso primero de la Ley 599 de 2000, modificado por el art. 14 de la Ley 890 de 2004, oscila entre un mínimo y un máximo de noventa y seis (96) a doscientos setenta (270) meses de prisión. Como la cuantía de lo apropiado excedió el equivalente a 200 salarios mínimos mensuales legales, el juez a quo aumentó la sanción hasta la mitad, es decir entre 96 y 405 meses de prisión y como se trataba de un delito continuado hizo el aumento en una tercera parte, quedando los extremos punitivos entre 128 a 540 meses de prisión. Luego de dividir el ámbito punitivo de movilidad se ubicó en el cuarto mínimo, entre 128 a 231 meses de prisión, ya que no se acreditaron agravantes a la conducta cometida por los procesados.

De acuerdo a lo expuesto el juez a quo no infringió el principio de legalidad al fijar el marco punitivo para el delito de peculado por apropiación de acuerdo con las circunstancias de agravación previstas en el inc.2 del art. 397 y el parágrafo del art. 31.

De otro lado como lo ordena el art. 61 del C.P. el juez ponderó los aspectos de mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la

punibilidad, la intensidad del dolo, la necesidad de la pena y la función que ésta ha de cumplir en el caso concreto para ubicar dentro del cuarto mínimo la pena en la mitad, es decir 210 meses.

A diferencia de lo alegado por la defensa técnica del procesado Mario Alfonso Bernal Torres, si bien el juez debe ubicarse en el primer cuarto de movilidad no necesariamente impondrá la mínima de ese intervalo.

A esa pena de 210 meses el juez de primera instancia en consideración a que los cargos imputados fueron a título de intervinientes, de conformidad con el inc. 3 del art. 30 del C.P rebajó la pena en una cuarta parte (52,5 meses) y por la aceptación de los cargos formulados en la audiencia de imputación aunque la norma indica que podrá ser hasta la mitad de la pena imponible, la reconoció en su totalidad, es decir rebajó 78.75 meses, quedando la pena en 78.75 meses de prisión.

Además de lo anterior, el juez de primera instancia reconoció una reducción de la pena en 15 días al tenor de lo dispuesto en el art. 401 del C.P. a favor de Mario Alfonso Bernal Torres en atención a que en su sentir al momento de proferirse sentencia realizó un reintegro parcial de lo apropiado por valor de \$16.406.000.00

Al respecto la defensa del condenado Mario Alfonso Bernal alega que debe tenerse en cuenta la totalidad de los abonos realizados hasta la fecha, incluyendo la suma de \$140.000.000.00 reintegrados en el año 2012 y de 60 cuotas por valor de \$400.000.00 en cumplimiento del acuerdo de pago celebrado el 22 de octubre de 2014 para un total de \$156.406.000.00 y no \$16.406.000.00.

Como se sabe, el reintegro de que trata el art. 401 del C.P como circunstancia de atenuación punitiva es un fenómeno post delictual que no afecta los extremos punitivos de la pena sino la pena a imponer y

debe ser serio, efectivo y real²⁶. Cuando es parcial de acuerdo con el inciso final *“el juez deberá, proporcionalmente, disminuir la pena hasta una cuarta parte”* y podrá efectuarse antes de dictarse sentencia de segunda instancia, lo que implica que en caso de que el sentenciado demuestre que con posterioridad a la sentencia de primera instancia haya realizado pagos por concepto de reintegro de lo apropiado, deberán reconocerse por el juez de segunda instancia y procederse con la redosificación de la pena impuesta.

Sin embargo, como lo indica la apodera de víctimas se deben distinguir las consignaciones que pueden clasificarse como reintegros parciales de lo apropiado y las efectuadas en cumplimiento de las obligaciones adquiridas en virtud de los contratos de distribución atípica sucesivamente suscritos por Mario Alfonso Bernal.

De los documentos aportados por la Fiscalía esta Sala advierte que el condenado Mario Alfonso Bernal realizó a favor de la Lotería de Boyacá cinco consignaciones el 1º de octubre de 2012 por un valor total de \$20.185.800.00 (fls. 69 al 70 C.E) y 9 consignaciones el 24 de agosto de 2012 por valor de \$45.000.000.00 (fls. 66 al 68 ibídem), fecha para la cual aún se encontraban vigentes los contratos de distribución atípica del 22 de septiembre de 1999 y del 20 de noviembre de 2006 celebrados entre la Lotería de Boyacá y Mario Alfonso Bernal Torres y cuya liquidación se ordenó hasta el 17 de mayo de 2013, respectivamente mediante las resoluciones 077 y 078 de esa fecha.

De modo que, contrario a lo afirmado por el defensor, no es posible inferir que tales consignaciones correspondan al valor que debe reintegrar Mario Alfonso Bernal Torres, en atención a que como se indicó, para ese momento se encontraban vigentes los contratos de distribución atípica del 22 de septiembre de 1999 y del 20 de noviembre de 2005, de manera que dichas consignaciones podrían derivar del

²⁶ Cfr. CJS. SP. 2 de abril de 2014. Rad. 34047.

cumplimiento de las obligaciones contractuales adquiridas, duda que no puede esta Corporación despejar con el material probatorio obrante en el proceso.

De otro lado, se observa que sólo hasta el 4 de noviembre de 2014 se suscribió acuerdo de pago entre Mario Alfonso Bernal Torres y la Lotería de Boyacá por la suma de dinero adeudada a la entidad territorial, momento para el cual el sentenciado se encontraba en mora de las obligaciones contraídas mediante los contratos de distribución ya liquidados o en vía de liquidación.

Sin embargo, esta Corporación no reconocerá por concepto de reintegro las consignaciones efectuadas por Mario Alfonso Bernal Torres a partir del día 4 de noviembre de 2014 por valor de \$400.000 y derivadas del acuerdo de pago, en consideración a que no se puede predicar que correspondan al reintegro de lo apropiado por parte del sentenciado si se tiene en cuenta que el acuerdo de pago se estructuró sobre registros contables que no correspondían con la realidad, de modo que no puede separarse lo adeudo por concepto obligaciones insolutas reportadas y lo debido por concepto de apropiación, máxime cuando el pago parcial acreditado para Mario Alfonso Bernal Torres asciende a la suma de \$22.806.000.00 siendo que la diferencia entre la deuda objeto del acuerdo de pago (\$97.692.650.00) y lo apropiado (\$370.333.950.00) es de \$ 272.641.300.00, es decir esta Corporación no puede afirmar de forma inequívoca que ése pago de \$22.806.000.00 corresponde al valor de lo apropiado, pues se desconoce si dentro de los \$370.333.950.00 se encuentra incluida la deuda objeto del acuerdo.

Sin embargo, en virtud del principio de la *no reformatio in pejus* de rango constitución (art. 31) que impide al superior jerárquico empeorar la pena impuesta al apelante único porque se falla *ex officio* de las pretensiones objeto de la impugnación presentada por el recurrente, reconocida la rebaja de la pena de forma proporcional por el a quo, en los términos del

art. 401 del C.P.P., la pena a cumplir por Mario Alfonso Bernal es la determinada por el juez de primera instancia, esto es 78.25 meses de prisión, y no 78.75 meses que es lo que considera esta Corporación debió imponerse.

Así las cosas el juzgador no fijó erróneamente los ámbitos de movilidad de la pena impuesta al aplicar los aumentos previstos en el parágrafo del art. 31 del C.P. y el inc. 2 del art. 397 ibídem, como equivocadamente alegan los recurrentes, de manera que esta Corporación no redosificará la pena impuesta a los sentenciados, por encontrarla conforme a derecho.

En cuanto a los subrogados penales, en atención al monto de la sanción privativa de la libertad infligida a los sentenciados es palmario que no se satisface el presupuesto objetivo señalado en el artículo 38 ni 63 del Código Penal para poder otorgar la prisión domiciliaria o la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Por último se precisa que la Sala no se ocupará de examinar otras determinaciones adoptadas en la sentencia de primera instancia en estricta observancia del principio de limitación, en razón a que no fueron objeto de impugnación por lo que sin más consideraciones se impone confirmar la providencia impugnada, con las precisiones efectuadas a lo largo de este proveído.

Por lo anteriormente expuesto, la Sala de decisión penal administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, en lo que fue motivo de impugnación, por las razones expuestas.

SEGUNDO. Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación.

Quedan las partes notificadas en estrados.

EDGAR KURMEN GÓMEZ
Magistrado

LUZ ÁNGELA MONCADA SUÁREZ
Magistrada

JOSÉ ALBERTO PABÓN ORDOÑEZ
Magistrado

LEIDY PAOLA GUIO RODRÍGUEZ
Secretaria