



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

PECULADO POR APROPIACIÓN EN CONCURSO HETEROGENEO CON FALSEDAD IDEOLOGICA EN DOCUMENTO PUBLICO COMETIDO POR QUIEN SE DESEMPEÑO COMO TESORERO Y PAGADOR – ERROR EN LA DOSIFICACIÓN PUNITIVA: Lo procedente no era el reconocimiento de una rebaja de la mitad, sino de una tercera parte.

Bajo estas consideraciones, se tiene por demostrado que: i) el preacuerdo celebrado entre el acusado y la Fiscalía cumple con lo señalado en el artículo 349 citado, pues tal como quedó consignado en la sentencia y corroborado por la Fiscalía en su recurso de alzada, el acusado reintegro no solo el 50% de lo apropiado, sino la totalidad de la suma apropiada, por lo que el mismo se encuentra válidamente celebrado y ii) dado a que el reintegro se efectuó luego de adelantadas algunas etapas del proceso, es decir, después de iniciarse la investigación pero antes de dictarse sentencia en segunda instancia, lo procedente no era tal y como lo alegaron los recurrentes, el reconocimiento de una rebaja de la mitad, sino de una tercera parte, aspecto en el que erro el A- quo, por lo que se impone a la Sala realizar de nuevo la dosificación punitiva teniendo en cuenta la legalidad de la pena en el delito de peculado.

PECULADO POR APROPIACIÓN EN CONCURSO HETEROGENEO CON FALSEDAD IDEOLOGICA EN DOCUMENTO PUBLICO COMETIDO POR QUIEN SE DESEMPEÑO COMO TESORERO Y PAGADOR – DOSIFICACIÓN PUNITIVA: Aunque indulgentes no resultan caprichosas, los parámetros fijados por el Juez de primera instancia para ponderar los factores de mayor o menor gravedad de la conducta.

Frente a este escenario, es claro que el Juez se ubicó en el primer cuarto de movilidad dado que tan solo se acreditó por la fiscalía en el escrito de acusación, la existencia de circunstancias de menor punibilidad, como la carencia de antecedentes penales que obligaba a ubicarse en dicho cuarto, y frente a la ponderación sobre los factores como la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, advirtió que este tipo de comportamientos son de la mayor gravedad, por el dolo directo con el que se actuó, pero que el reproche se atenúa por su colaboración con la justicia, el haber devuelto los dineros, su carencia de antecedentes penales, luego atendiendo los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, y su condición de delincuente primario, partió del mínimo de la pena, apreciaciones que la Sala, aunque encuentra indulgentes no resultan caprichosas, por tanto y para efectos de la dosificación se tendrá en cuenta lo decidido por el juez en este aspecto. La anterior conclusión no implica que no se deba modificar el descuento reconocido por virtud del reintegro del valor de lo apropiado en el delito de peculado, conforme se señaló en precedencia.

PECULADO POR APROPIACIÓN EN CONCURSO HETEROGENEO CON FALSEDAD IDEOLOGICA EN DOCUMENTO PUBLICO COMETIDO POR QUIEN SE DESEMPEÑO COMO TESORERO Y PAGADOR – DOSIFICACIÓN DE LA MULTA EN CONCURSO DE CONDUCTAS PUNIBLES: Solo hay una conducta que apareja como pena principal la de multa, se procede a tasar aquella, pues se omitió el reconocer, producto del preacuerdo, la misma degradación punitiva de autor a cómplice, por lo que se dispone el descuento de la mitad.

En cuanto a la pena de multa que hace parte de la pena principal, recordemos que en materia de concurso no se sigue la regla prevista en el artículo 31 del C.P., pues en estos casos las multas deben sumarse, sin embargo, como quiera que en este evento el peculado es la única conducta que apareja como pena principal la de multa, se procede a tasar aquella, precisando que omitió el A quo reconocer -producto del preacuerdo- la misma degradación punitiva de autor a cómplice, por lo que se dispone el descuento de la mitad, atendiendo que el juzgador de instancia dentro de sus consideraciones partió del mínimo de la pena, lo que no fue objetado por ninguno de los recurrentes, y por tanto, atendiendo sus motivaciones se modificará la pena de multa que se fija en \$ 3'313.125 quantum que corresponde a la degradación que se hizo en el preacuerdo al reconocer su responsabilidad en calidad de cómplice. Sobre este quantum punitivo, conforme lo anunciado, se dará aplicación a lo consagrado en el artículo 401 inciso segundo del C.P., es decir la rebaja de una tercera parte de la sanción (10 meses y 20 días), quedando una pena de 21 meses y 10 días y multa de \$2'208.750, al descontar en igual sentido la tercera parte a la multa, monto que a su vez se aumenta – como lo dispuso el A quo- en 12 meses de prisión por el concurso con las falsedades ideológicas en documento público y en otros 12 meses por el concurso con los delitos de falsedad en documento privado.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

PECULADO POR APROPIACIÓN EN CONCURSO HETEROGENEO CON FALSEDAD IDEOLOGICA EN DOCUMENTO PUBLICO COMETIDO POR QUIEN SE DESEMPEÑO COMO TESORERO Y PAGADOR – ERROR AL ASIGNAR EL DELITO BASE POR EXISTIR OTRO QUE COMPORTAR UNA PENA MÁS GRAVE: Imposibilidad de modificarlo sin desbordar el ámbito de competencia del Tribunal y contrariar el principio de la no reformatio in pejus.

En este punto debe advertir la Sala, que al realizar esta nueva dosificación de la pena frente al delito de peculado, es claro que el delito base debió haber sido el de falsedad ideológica en documento público, por comportar una pena más grave³, y sobre la base de aquél se debió hacer el cómputo frente al concurso de conductas punibles, sin embargo, la censura por parte de los recurrentes en este aspecto, se redujo al monto del descuento punitivo por razón del reintegro en el delito de peculado, y a juicio de la Sala cualquier modificación que agrave la situación en torno a los restantes delitos: i) desbordaría el ámbito de competencia del Tribunal, y ii) podría ir en contra del principio de la no reformatio in pejus.

PECULADO POR APROPIACIÓN EN CONCURSO HETEROGENEO CON FALSEDAD IDEOLOGICA EN DOCUMENTO PUBLICO COMETIDO POR QUIEN SE DESEMPEÑO COMO TESORERO Y PAGADOR – ERROR EN LA DOSIFICACIÓN PUNITIVA EN CUANTO A LA PENA ACCESORIA DE INHABILIDAD PARA EL EJERCICIO DE DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS: La sanción intemporal o perenne de inhabilidad de aspirar a cargos de elección popular o fungir como servidor público, y la derivada del ejercicio del derecho al sufragio o el ejercicio de cualquier otro derecho público inherente a la condición de ciudadano.

En consecuencia como quiera que el procesado ha sido condenado por el delito de peculado por apropiación, la sanción intemporal o perenne que le corresponde purgar, solo será procedente para las hipótesis de contratación con el Estado, inscripción como candidato para aspirar a cargos de elección popular, y fungir como servidor público, porque en lo que respecta con el ejercicio del derecho al sufragio o el ejercicio de cualquier otro derecho público inherente a la condición de ciudadano, la sanción es de 7 años.

PROHIBICIÓN DE PRISIÓN DOMICILIARIA EN DELITO DOLOSOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA – IMPROCEDENCIA EN AQUELLOS EVENTOS EN LOS CUALES SE APLIQUE EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD, LOS PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES Y EL ALLANAMIENTO A CARGOS: Cumplimiento y acreditación de las exigencias.

Lo anterior, en consideración a que el delito de peculado por apropiación, que fue una de las conductas punibles por las cuales se sentenció al acusado, hace parte de los delitos contra la administración pública, por lo que en su sentir, estaba expresamente prohibido el subrogado concedido; no obstante, dicha postura no es compartida por la Sala, ya que por principio de favorabilidad, entendido como la aplicación de la Ley más favorable, o la menos restrictiva, se dará aplicación al artículo 68 A del Código Penal original, vigente al momento de la comisión de los hechos (2012), sin la modificación de la Ley 1709 de 2014, parágrafo (...). Bajo ese contexto, se entiende que dicha prohibición no resultaba aplicable en los casos en que se adelantara un preacuerdo, tal y como sucedió en este evento, por tanto no hay lugar a revocar el subrogado concedido, pues el mismo se analizó en debida forma por el A-quo quien ante su procedencia hizo alusión a los requisitos exigidos en el artículo 38 de la misma norma, precisando que el acusado se hacía merecedor al mismo por cumplir y acreditar dichas exigencias, lo que materializó con las pruebas documentales allegadas con su defensor que dan cuenta de su arraigo, de sus condiciones personales, familiares y laborales, de su carencia de antecedentes, e incluso de la condición de padre cabeza de familia, pues según se conoció a través de una declaración extrajudicial bajo la gravedad de juramento rendida por la compañera del acusado, ella y su hijo dependen económicamente de los ingresos de aquél.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO**

**“PATRIMONIO HISTÓRICO Y CULTURAL DE LA NACIÓN”
Ley 1128 de 2007**

SALA ÚNICA

RADICACIÓN:	15238-60-00-000-2019-00018-01
CLASE DE PROCESO:	PECULADO POR APROPIACIÓN Y OTROS
PROCESADO:	WILLMER LIBARDO SANDOVAL SÁNCHEZ
JUZGADO DE ORIGEN:	JDO 1° PENAL DEL CIRCUITO DE DUITAMA
DECISIÓN:	MODIFICA Y CONFIRMA
APROBADA	Acta No. 131
MAGISTRADA PONENTE:	DRA. GLORIA INÉS LINARES VILLALBA Sala 3ª de Decisión

Santa Rosa de Viterbo, dieciocho (18) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

I.- ASUNTO A DECIDIR

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto oportunamente por la Fiscalía y el Delegado del Ministerio Público contra la decisión adoptada el 8 de abril de 2021, por medio de la cual el Juzgado Primero Penal del Circuito de Duitama condenó a WILLMER LIBARDO SANDOVAL SÁNCHEZ en calidad de cómplice de los delitos de PECULADO POR APROPIACIÓN EN CONCURSO HETEROGENEO CON FALSEDAD IDEOLOGICA EN DOCUMENTO PUBLICO EN CONCURSO HOMOGENEO Y EN CONCURSO HETEROGENEO CON FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO EN CONCURSO HOMOGENEO.

II.- HECHOS

2.1.- El señor WILLMER LIBARDO SANDOVAL SÁNCHEZ en su calidad de auxiliador administrativo del Colegio Nacionalizado al Presentación - Sede Norte, ejerciendo funciones de tesorero y pagador, se apropió de dineros del Estado en la suma de \$6'626.250, que correspondían a un supuesto contrato de pintura y resane de 74 aulas y oficinas de la institución, el cual soportó con documentos falsos a fin de legalizar el pago del contrato, expidiendo la orden

de pedido No. 008 de 2012 y la orden de pago No. 134, así como el cheque No. 69654804 del Banco Popular de Duitama por dicho valor, falseando la firma de la ordenadora del gasto.

III ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

3.1.- El 24 de octubre de 2019 ante el Juzgado Tercero Penal Municipal de Garantías de Duitama se llevó a cabo audiencia de formulación de imputación en calidad de autor de las conductas de Peculado por Apropiación (inciso 3) en concurso heterogéneo con el concurso homogéneo de Falsedad Ideológica en documento Público en concurso heterogéneo con el concurso homogéneo de Falsedad de Documento Privado, mismos que no fueron aceptados.

3.2.- El 13 de agosto de 2020, ante el Juzgado Primero Penal del Circuito de Duitama se realizó audiencia de acusación.

3.3.- El 13 de noviembre del 2020 se lleva a cabo preacuerdo entre las partes, en el que el procesado acepta su responsabilidad por los delitos que le fueron imputados, y en razón a ello la fiscalía degrada la participación de la conducta de autor a cómplice, advirtiendo que frente a la punibilidad y la concesión de subrogados penales se deja a discreción del Juez.

3.4.- El 8 de febrero de 2021, se adelantó audiencia de verificación de preacuerdo y anuncio del sentido del fallo.

3.5.- El 8 de abril de 2021 se profirió sentencia condenatoria en contra de WILLMER LIBARDO SANDOVAL SÁNCHEZ, misma que es objeto de recurso.

IV. DECISIÓN IMPUGNADA

En sentencia del 8 de abril de 2021, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Duitama condenó a WILLMER LIBARDO SANDOVAL SÁNCHEZ como cómplice de los delitos de PECULADO POR APROPIACIÓN EN CONCURSO HETEROGENEO CON FALSEDAD IDEOLOGICA EN DOCUMENTO PUBLICO EN CONCURSO HOMOGENEO Y EN CONCURSO

HETEROGENEO CON FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO EN CONCURSO HOMOGENEO y le impuso la pena de cuarenta (40) meses de prisión y multa de \$3'313.125, así como la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la pena principal

Lo anterior tras considerar que, del análisis de la prueba documental presentada, así como su aceptación de responsabilidad, se desvirtúa la presunción de inocencia y se encuentran reunidos los requisitos para el proferimiento de fallo de condena.

Al momento de tasar la pena dosificó la correspondiente a cada una de las conductas imputadas determinó que la más grave era el delito de peculado por apropiación y por la misma le impuso 32 de meses de prisión, multa de \$6.626.250 e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la pena principal. Fijada esta pena la redujo en la mitad, por acreditarse el fenómeno posdelictual del reintegro de lo apropiado de conformidad con lo previsto en el artículo 401 del C.P., estableciendo la pena en 16 meses de prisión y \$ 3.313.125 de multa e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la pena principal.

A este guarismo le incrementó 12 meses por los delitos de falsedad en documento privado que concursan y 12 meses más, por los delitos de falsedad ideológica para un total de 40 meses de prisión, \$ 3.313.125 de multa e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la pena principal.

De otro lado concedió el beneficio de la prisión domiciliaria tras considerar que por favorabilidad se tornaba aplicable el artículo 68^a modificado por el artículo 28 de la ley 1453 de 2011 y respecto de dicha norma se cumplían los requisitos para su reconocimiento, concediéndole además permiso para trabajar de conformidad con lo previsto en el inciso 3 del artículo 38D del C.P.

V. RECURSOS DE APELACIÓN

5.1.- Ministerio Público: Indica que su desacuerdo apunta concretamente a la manera como se tasó la pena, debido a que no se aplicó correctamente el dispositivo legal del artículo 401 que indica que si el reintegro se hace antes de iniciarse la investigación, la pena se disminuirá en la mitad; pero en el inciso segundo que *“Si el reintegro se efectuare antes de la sentencia de segunda instancia, la pena se disminuirá en una tercera parte”*; no obstante, el juzgado por concepto del reintegro, realizó un descuento de la mitad de la pena.

Por lo anterior, se tiene que para el momento en que se realizó el reintegro, la investigación ya había iniciado y el proceso había transcurrido en varias etapas, por lo que, el descuento de la pena no podía ser de la mitad, sino solo de una tercera parte.

En ese orden, si la pena, una vez hecha la reducción por la degradación a cómplice se fijaba en 32 meses e inhabilitación por el mismo término, atendiendo al reintegro verificado después de iniciada la investigación, la misma debía reducirse en una tercera parte que corresponde a 10 meses y 20 días, quedando en 21 meses y 10 días, monto sobre el cual, deben hacerse los aumentos por el concurso, con lo cual el monto definitivo sería de 45 meses y 10 días de prisión.

En cuanto a la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, indica que está prevista como principal para los delitos de peculado y falsedad ideológica en documento público, pero no para el delito de falsedad en documento privado, por lo que el monto deberá ser de 33 meses y 10 días. Respecto a la multa fijada para el delito de peculado por apropiación, deberá tasarse con las mismas proporciones, es decir, si lo apropiado fueron \$6'626.250, se le aplica la reducción por el reintegro de una tercera parte que corresponde a \$2'208.750, y quedaría en \$4'417.500.

Así las cosas, solicita que al resolver la apelación, se realice la modificación de los montos de la condena impuesta en la forma indicada, aplicando de acuerdo al inciso segundo del art 401 del CP, una rebaja de la tercera parte y no de la mitad como hizo el Juzgado.

Finalmente, precisa que no tiene reparo en la prisión domiciliaria, por cuanto en aplicación del principio de favorabilidad, se tiene que para la época de los hechos aún no regía la Ley 1709 de 2014, siendo viable la aplicación de las normas anteriores que resultan más beneficiosas para el procesado; además, teniendo en consideración que hubo preacuerdo mediante el cual se dio la terminación anticipada del proceso y las prohibiciones del art 68A no eran aplicables.

5.2.- Fiscalía: Considera que la tasación de la pena en 32 meses, no tuvo una debida consideración o justificación sobre los aspectos que deben ser analizados y evaluados al momento de escoger el cuarto de movilidad y que dadas las circunstancias del caso, es especial la gravedad de las conductas, debió darse un rango superior a los 32 meses.

De otro lado, indica que tampoco está de acuerdo con la aplicación del artículo 401 del CP, en punto a la reducción de la pena en la mitad (16 meses - \$3'313.125), pues en ningún momento la fiscalía al realizar la imputación, presentar el escrito de acusación o en la audiencia de formulación de acusación reconoció la diminuyente punitiva que señala el artículo, pues la misma no se dio en el asunto, ya que el reintegro de lo apropiado no se da en las condiciones que señala la jurisprudencia (devolución voluntaria de lo apropiado), y esto conllevaría a un detrimento de los principios de justicia y proporcionalidad, pues lo que busca el incentivo punitivo es premiar el arrepentimiento de quien ha burlado la probidad en su actuar, situación que en caso apelado no sucedió, ya que el reintegro que hizo el acusado no fue voluntario ni por arrepentimiento, sino que obedeció al compromiso que impone el mismo código en su art 349 para la viabilidad del preacuerdo y como requisito de procedibilidad.

Aunado a lo anterior, resalta que no le era posible aplicar al Juez un descuento de la mitad de la pena, por cuanto dicho reintegro nunca se dio antes de iniciarse la investigación, tampoco se hizo con el valor actualizado ni con los intereses a favor de la víctima, por lo que el mismo no existe y el descuento punitivo no debía aplicarse.

Sobre la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, señala que debió dejarse la misma de la pena principal de 40 meses y no 28 meses, pues el fin de las inhabilitaciones es garantizar la moralidad, transparencia, eficiencia y el buen funcionamiento de la administración pública, siendo los servidores públicos los principales encargados de velar por la aplicación y el cumplimiento de las normas constitucionales y legales; además tratándose de peculado por apropiación, el servidor público no podrá en el futuro desempeñar funciones públicas, sin forma de rehabilitación alguna como parte de protección efectiva del patrimonio estatal.

Por último, reprocha lo relacionado con la concesión de la prisión domiciliaria, pues ha señalado el legislador que en tratándose de delitos contra la administración pública dentro de los cuales se encuentra el peculado por apropiación, que de acuerdo al contenido del art 68 A, el mismo está excluido de beneficios, dentro de ellos la sustitución de la prisión intramural por domiciliaria, independiente a que el sujeto activo no tuviera antecedentes; adicionalmente, en ningún documento allegado por la defensa se acreditó la calidad de padre cabeza de familia, pues solo se presentaron los registros civiles de nacimientos de sus hijos, sin que se indicara si la progenitora de los mismos estaba imposibilitada o inhabilitada para cumplir con la función que la calidad de madre le impone la Ley, razón por la cual debió negarse el sustituto.

En ese orden de ideas, solicita se modifique el numeral primero de la parte resolutive, estableciendo la sanción penal dentro de los límites legales, excluyendo las circunstancias de menor punibilidad, adecuando la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. Así mismo, se revoquen los numerales segundo y tercero en relación con la procedencia del sustituto de la prisión domiciliaria y en consecuencia, el otorgamiento del permiso para trabajar.

VI. TRASLADO A LOS NO RECURRENTES

El Defensor no se pronunció como no recurrente.

VII. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo previsto en el artículo 34 numeral 1° de la Ley 906 de 2004, esta Corporación es competente para conocer de los recursos de apelación interpuestos por Fiscalía y Ministerio Público.

7.1.- Problema Jurídico

De acuerdo a los puntos de disenso expuestos en los recursos de apelación, la Sala analizará, por una parte, si la dosificación punitiva incluida la tasación en relación con la inhabilidad para ejercer derechos y funciones públicas se encuentra acorde a lo normado y acreditado en el caso en concreto, y si procede la concesión de la prisión domiciliaria como sustituto a la intramural.

7.2.1. De la rebaja de pena por aplicación del artículo 401 del Código Penal.

Lo primero que hay que decir, es que no existe duda sobre los delitos endilgados al acusado y la calificación jurídica de los mismos, lo realmente relevante es determinar, de acuerdo a los argumentos expuestos por la Fiscalía y el Ministerio Público, si la dosificación de la pena se efectuó bajo los parámetros señalados.

En ese aspecto, es necesario precisar que el artículo 349 del CPP consagra la improcedencia de acuerdos o negociaciones con el imputado o acusado y señala que:

“En los delitos en los cuales el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del mismo, no se podrá celebrar el acuerdo con la Fiscalía hasta tanto se reintegre, por lo menos, el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento percibido y se asegure el recaudo del remanente”.

De otro lado, el artículo 401 del ordenamiento Penal Colombiano señala:

“Si antes de iniciarse la investigación, el agente, por sí o por tercera persona, hiciere cesar el mal uso, reparare lo dañado, corrigiere la aplicación oficial diferente, o reintegrare lo apropiado, perdido o extraviado, o su valor actualizado con intereses la pena se disminuirá en la mitad.

Si el reintegro se efectuare antes de dictarse sentencia de segunda instancia, la pena se disminuirá en una tercera parte.

Cuando el reintegro fuere parcial, el juez deberá, proporcionalmente, disminuir la pena hasta en una cuarta parte". (Resalta la Sala).

Sobre los reclamos de la fiscalía en torno a la procedencia de este descuento punitivo, recordemos que la exigencia que la norma establece para la procedencia de la rebaja de la pena es inequívoca: esto es, que el reintegro se efectúe antes de dictarse sentencia sin que la norma exija que se acredite que tal devolución es voluntaria o con arrepentimiento como así lo señala el ente acusador, y aunque se cuestiona que la suma entregada obedeció al compromiso que impone el mismo código en su art 349 para la viabilidad del preacuerdo y por tanto no opera el descuento, lo cierto es que la norma dispone que para la procedencia del acuerdo se debe reintegrar, al menos el 50% del valor equivalente al incremento percibido, que fue la circunstancia que la Fiscalía tuvo en cuenta para preacordar con el acusado, y aunque la norma también exige que se asegure el recaudo del remanente, ello no significa que se deba desconocer el reintegro total del dinero con los alcances que le da la norma, advirtiendo además que en cuanto a los reclamos respecto a que las sumas consignadas no están actualizadas, es un aspecto que no se evidenció al momento de suscribir el preacuerdo, en donde la Fiscalía convocó a las víctimas y se establecieron los montos que debían reintegrarse por razón de lo apropiado, lo cual fue aceptado por estas últimas.

Bajo estas consideraciones, se tiene por demostrado que: *i)* el preacuerdo celebrado entre el acusado y la Fiscalía cumple con lo señalado en el artículo 349 citado, pues tal como quedó consignado en la sentencia y corroborado por la Fiscalía en su recurso de alzada, el acusado reintegro no solo el 50% de lo apropiado, sino la totalidad de la suma apropiada, por lo que el mismo se encuentra válidamente celebrado y *ii)* dado a que el reintegro se efectuó luego de adelantadas algunas etapas del proceso, es decir, después de iniciarse la investigación pero antes de dictarse sentencia en segunda instancia, lo procedente no era tal y como lo alegaron los recurrentes, el reconocimiento de una rebaja de la mitad, sino de una tercera parte, aspecto en el que erro el *A-quo*, por lo que se impone a la Sala realizar de nuevo la dosificación punitiva teniendo en cuenta la legalidad de la pena en el delito de peculado.

7.2.2.- De la dosificación punitiva.

Pues bien, en el proceso de dosificación de la pena tal y como de antaño lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia¹ y ésta Corporación así también lo ha reiterado, corresponde establecer los límites mínimo y máximo dentro de los cuales se ha de mover el juzgador, y una vez determinados los mencionados extremos, incumbe precisar, como claramente se extrae del artículo 61 del Código Penal, el ámbito punitivo de movilidad dividiéndolo en cuartos: uno mínimo, dos medios y uno máximo.

Solo después de realizar esta labor, es posible ocuparse del proceso de individualización de la pena, que se traduce en seleccionar el cuarto o cuartos donde se va a ubicar, lo cual depende exclusivamente de las circunstancias de mayor o menor punibilidad que se estimen probadas y deducidas fáctica y jurídicamente del pliego de cargos; proceder para el cual, deberán tenerse en cuenta los factores previstos en los incisos 3º y 4º del precepto en mención.

En el presente asunto, a WILLMER LIBARDO SANDOVAL se le declaró responsable por los delitos de PECULADO POR APROPIACIÓN EN CONCURSO HETEROGENEO CON FALSEDAD IDEOLOGICA EN DOCUMENTO PUBLICO EN CONCURSO HOMOGENEO Y EN CONCURSO HETEROGENEO CON FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO EN CONCURSO HOMOGENEO en calidad de cómplice, condenándosele a la pena principal de cuarenta (40) meses de prisión y multa de \$3'313.125, así como la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el termino de 28 meses.

Según puede verificarse, en el caso de WILLMER LIBARDO SANDOVAL, para imponer la sanción el *A quo* partió de la que consideró más grave, esto es el peculado por apropiación y le impuso 32 meses de prisión, suma que incrementó en 12 meses por los delitos de falsedad en documento privado que concursan y 12 meses más por los delitos de falsedad ideológica para un total de 40 meses de prisión.

¹ Entre otros fallos las sentencias del 15 de septiembre de 2004, Rad. 19948, y del 27 mayo de 2004, Rad. 20642

Frente a este escenario, es claro que el Juez se ubicó en el primer cuarto de movilidad dado que tan solo se acreditó por la fiscalía en el escrito de acusación, la existencia de circunstancias de menor punibilidad, como la carencia de antecedentes penales que obligaba a ubicarse en dicho cuarto, y frente a la ponderación sobre los factores como la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, advirtió que este tipo de comportamientos son de la mayor gravedad, por el dolo directo con el que se actuó, pero que el reproche se atenúa por su colaboración con la justicia, el haber devuelto los dineros, su carencia de antecedentes penales, luego atendiendo los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, y su condición de delincuente primario, partió del mínimo de la pena, apreciaciones que la Sala, aunque encuentra indulgentes no resultan caprichosas, por tanto y para efectos de la dosificación se tendrá en cuenta lo decidido por el juez en este aspecto.

La anterior conclusión no implica que no se deba modificar el descuento reconocido por virtud del reintegro del valor de lo apropiado en el delito de peculado, conforme se señaló en precedencia, labor que pasa a abordar la Sala así:

El delito de Peculado establece una pena de prisión de 64 a 180 meses, extremos que se deben ajustar conforme al artículo 30 del C.P. por haberse reconocido dentro del preacuerdo, que la conducta se dio en la modalidad de cómplice, lo que modifica los límites punitivos de la sexta parte a la mitad, que nos dejan con una pena que oscila entre 32 a 150 meses de prisión.

Delito	CUARTO MÍNIMO	PRIMER CUARTO MEDIO	SEGUNDO CUARTO MEDIO	CUARTO MÁXIMO
Peculado por apropiación	32 a 61.5 meses	61.5.+1 día a 91 meses	91+ 1 día a 120.5 meses	120.5 + 1 día a 150 meses

Entonces, en cuanto a los cuartos de movilidad trazados para la pena de prisión no hay observación, ahora bien, atendiendo que el A quo fijó la pena

en el mínimo se respetara dicha consideración y se establece la sanción en 32 meses de prisión.

En cuanto a la pena de multa que hace parte de la pena principal, recordemos que en materia de concurso no se sigue la regla prevista en el artículo 31 del C.P., pues en estos casos las multas deben sumarse, sin embargo, como quiera que en este evento el peculado es la única conducta que aparece como pena principal la de multa, se procede a tasar aquella, precisando que omitió el A quo reconocer *-producto del preacuerdo-* la misma degradación punitiva de autor a cómplice, por lo que se dispone el descuento de la mitad², atendiendo que el juzgador de instancia dentro de sus consideraciones partió del mínimo de la pena, lo que no fue objetado por ninguno de los recurrentes, y por tanto, atendiendo sus motivaciones se modificará la pena de multa que se fija en \$ 3'313.125 quantum que corresponde a la degradación que se hizo en el preacuerdo al reconocer su responsabilidad en calidad de cómplice.

Sobre este *quantum* punitivo, conforme lo anunciado, se dará aplicación a lo consagrado en el artículo 401 inciso segundo del C.P., es decir la rebaja de una tercera parte de la sanción (10 meses y 20 días), quedando una pena de 21 meses y 10 días y multa de \$2'208.750, al descontar en igual sentido la tercera parte a la multa, monto que a su vez se aumenta – como lo dispuso el *A quo-* en 12 meses de prisión por el concurso con las falsedades ideológicas en documento público y en otros 12 meses por el concurso con los delitos de falsedad en documento privado.

En ese orden, de ideas y una vez efectuado el descuento de la tercera parte y la sumatoria por el concurso de conductas punibles, se tiene como monto final de pena a imponer, a WILLMER LIBARDO SANDOVAL SÁNCHEZ la principal de 45 meses y 10 días de prisión, multa de \$2'208.750, como cómplice de los delitos de PECULADO POR APROPIACIÓN EN CONCURSO HETEROGENEO CON FALSEDAD IDEOLOGICA EN DOCUMENTO PUBLICO EN CONCURSO HOMOGENEO Y EN CONCURSO

² El máximo de descuento.

HETEROGENEO CON FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO EN CONCURSO HOMOGENEO.

En este punto debe advertir la Sala, que al realizar esta nueva dosificación de la pena frente al delito de peculado, es claro que el delito base debió haber sido el de falsedad ideológica en documento público, por comportar una pena más grave³, y sobre la base de aquél se debió hacer el cómputo frente al concurso de conductas punibles, sin embargo, la censura por parte de los recurrentes en este aspecto, se redujo al monto del descuento punitivo por razón del reintegro en el delito de peculado, y a juicio de la Sala cualquier modificación que agrave la situación en torno a los restantes delitos: *i)* desbordaría el ámbito de competencia del Tribunal, y *ii)* podría ir en contra del principio de la *no reformatio in pejus*.

7.2.3. La inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas

Ahora bien, frente a la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, recordemos que está prevista como accesoria cuando se impone la pena de prisión, pero además en algunos tipos penales se consagra como principal. En el evento de concurso de conductas punibles ha sido la jurisprudencia de la Corte Suprema de justicia la que ha enseñado que cuando concurren de manera simultánea, su individualización debe llevarse a cabo siguiendo las reglas del artículo 31 del C.P⁴.

En consecuencia tenemos que, el artículo 45 del CP señala: “*La pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas priva al penado de la facultad de elegir y ser elegido, del ejercicio de cualquier otro derecho político, función pública, dignidades y honores que confieren las*

³ Falsedad ideológica en documento público

CUARTO MÍNIMO	PRIMER CUARTO MEDIO	SEGUNDO CUARTO MEDIO	CUARTO MÁXIMO
32 a 54 meses	54+1 día a 76 meses	76+ 1 día a 98 meses	98+ 1 día a 120 meses

⁴ CSJ SP 13600 de 2015, radicado 42241 del 30 de septiembre de 2015.

entidades oficiales”; por su parte el artículo 59 ibídem consagra: “*Toda sentencia deberá contener una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena*”.

Dentro del presente asunto de manera errónea se fijó la pena a imponer en 28 meses, motivo por el cual se debe modificar este guarismo, y aunque por virtud de lo previsto el artículo 52 del C.P. la pena de prisión conlleva la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, es claro que en este asunto, la falsedad ideológica en documento público prevista en el artículo 286 del C.P., contempla como pena principal una inhabilitación superior, que oscila entre 5 y 10 años, motivo por el cual la inhabilitación para el ejercicio del derecho al sufragio o el ejercicio de cualquier otro derecho público inherente a la condición de ciudadano es de cinco (5) años, quantum que, de conformidad con lo previsto en el artículo 31 del C.P. se incrementará en 2 años⁵ por los restantes comportamientos que la consagran como accesoria.

De otra parte el inciso 5º del artículo 122 C.N. modificado por el artículo 4º del Acto Legislativo 01 de 2009 consignó la inhabilitación perpetua para aspirar a cargos de elección popular, desempeñarse como servidor público, y contratar con el Estado, así lo establece:

*” Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos como servidores públicos ni celebrar personalmente o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de **delitos que afecten el patrimonio del Estado** o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior”*

En consecuencia como quiera que el procesado ha sido condenado por el delito de peculado por apropiación, la sanción intemporal o perenne que le corresponde purgar, solo será procedente para las hipótesis de contratación con el Estado, inscripción como candidato para aspirar a cargos de elección popular, y fungir como servidor público, porque en lo que respecta con el

⁵ 12 meses por cada uno de los tipos penales que concursan, en la misma proporción que se incrementó la pena de prisión.

ejercicio del derecho al sufragio o el ejercicio de cualquier otro derecho público inherente a la condición de ciudadano, la sanción es de 7 años.

Así las cosas, se modificará el numeral primero de la parte resolutive, en relación con la pena a imponer a WILLMER LIBARDO SANDOVAL SÁNCHEZ.

7.3.- De la prisión domiciliaria.

Frente a este tópico, alega la Fiscalía en su recurso que no se debió conceder al acusado el subrogado de la prisión domiciliaria por expresa prohibición del artículo 68 A del CP que establece:

“No se concederán; la suspensión condicional de la ejecución de la pena; la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores.

Tampoco quienes hayan sido condenados por delitos dolosos contra la Administración Pública...”

Lo anterior, en consideración a que el delito de peculado por apropiación, que fue una de las conductas punibles por las cuales se sentenció al acusado, hace parte de los delitos contra la administración pública, por lo que en su sentir, estaba expresamente prohibido el subrogado concedido; no obstante, dicha postura no es compartida por la Sala, ya que por principio de favorabilidad, entendido como la aplicación de la Ley más favorable, o la menos restrictiva, se dará aplicación al artículo 68 A del Código Penal original, vigente al momento de la comisión de los hechos (2012), sin la modificación de la Ley 1709 de 2014, que en su párrafo final señala:

“Párrafo. El inciso anterior no se aplicará respecto de la sustitución de la detención preventiva y de la sustitución de la ejecución de la pena en los eventos contemplados en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004 ni en aquellos eventos en los cuales se aplique el principio de oportunidad, los preacuerdos y negociaciones y el allanamiento a cargos”.

Bajo ese contexto, se entiende que dicha prohibición no resultaba aplicable en los casos en que se adelantara un preacuerdo, tal y como sucedió en este evento, por tanto no hay lugar a revocar el subrogado concedido, pues el mismo se analizó en debida forma por el *A-quo* quien ante su procedencia hizo alusión a los requisitos exigidos en el artículo 38 de la misma norma, precisando que el acusado se hacía merecedor al mismo por cumplir y acreditar dichas exigencias, lo que materializó con las pruebas documentales allegadas con su defensor que dan cuenta de su arraigo, de sus condiciones personales, familiares y laborales, de su carencia de antecedentes, e incluso de la condición de padre cabeza de familia, pues según se conoció a través de una declaración extrajudicial bajo la gravedad de juramento rendida por la compañera del acusado, ella y su hijo dependen económicamente de los ingresos de aquél.

Aunado a lo anterior, y respecto del permiso para trabajar concedido al acusado, se advierte que al igual que el aspecto anterior, se allegó al proceso la prueba documental necesaria para concederlo en los términos señalados en el inciso tercero del artículo 38D del Código Penal que contempla *“El juez podrá autorizar al condenado a trabajar y estudiar fuera de su lugar de residencia o morada, pero en este caso se controlará el cumplimiento de la medida mediante un mecanismo de vigilancia electrónica”*, razón por la cual, tampoco se encuentra una razón valedera para revocar la orden proferida en primera instancia, más aún cuando la misma fue adoptada en apego a las normas penales vigentes al momento de ocurrencia de los hechos y aplicables al caso concreto.

En estas condiciones, se acogen parcialmente los argumentos que fueron expuestos por los recurrentes y se modificará el numeral primero del fallo proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Duitama, conforme a lo expuesto, precisando que se corregirá la palabra “allanamiento” del mismo numeral, ya que lo que se celebró fue un preacuerdo.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, LA SALA TERCERA DE DECISION DE LA SALA UNICA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SANTA ROSA DE VITERBO, BOYACÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO del fallo apelado, el cual quedara así:

“PRIMERO: CONDENAR a WILLMER LIBARDO SANDOVAL SÁNCHEZ, de condiciones civiles y personales conocidas, como CÓMPLICE del delito de PECULADO POR APROPIACIÓN, EN CONCURSO HETEROGÉNEO con el punible de FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO, en concurso homogéneo, en concurso heterogéneo con el punible de FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO, en concurso homogéneo, a las penas principales de CUARENTA Y CINCO (45) MESES Y DIEZ (10) DÍAS DE PRISIÓN, MULTA DE DOS MILLONES DOSCIENTOS OCHO MIL SETESCIENTOS CINCUENTA PESOS M/CTE (\$2'208.750), conforme al preacuerdo que hiciera a tales cargos. IMPONER LA INHABILITACIÓN A PERPETUIDAD para contratar con el Estado, inscribirse como candidato para aspirar a cargos de elección popular, y fungir como servidor público. En lo que respecta al ejercicio del derecho al sufragio o el ejercicio de cualquier otro derecho público inherente a la condición de ciudadano, la sanción es de 7 años

La multa deberá ser consignada a favor de la Rama Judicial -multas y rendimientos, cuenta única nacional- del Banco Agrario de Colombia N° 3-082-00-00640-8”.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás aspectos la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Duitama.

TERCERO: COMUNICAR a las partes e intervinientes que, contra este fallo, que se notifica en estrados, procede el recurso extraordinario de casación, en

los términos y condiciones del artículo 183 del Código de Procedimiento Penal en la forma como quedó modificado por la ley 1395 de 2010.



GLORIA INÉS LINARES VILLALBA
Magistrada Ponente



EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA
Magistrado



LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO
Magistrada