



Bogotá, D.C., 03 de noviembre de 2020
Oficio PSDCP -CON. N.º 79

Honorables Magistrados
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL
M.P DR. FABIO OSPITIA GARZÓN
E.S.D

Ref.: Casación Ley 906 del 2004
Radicado: 54746
Procesados: Guillermo Raúl Rhenals Nova

Teniendo en cuenta la competencia conferida a la Procuraduría General de la Nación en el artículo 277-7 de la Carta Política y lo previsto por el Acuerdo Número 020 del 29 de abril de 2020 de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, la Procuraduría Segunda Delegada para la Casación Penal conceptúa en defensa del orden jurídico, derechos y garantías de los intervinientes, dentro de la sustentación de la demanda de casación interpuesta por la defensa de Guillermo Raúl Rhenals Nova, contra la sentencia de segunda instancia proferida el 14 de noviembre de 2018, por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, la cual confirmó la decisión emitida por el Juzgado 37 Penal del Circuito con función de conocimiento de Bogotá.

A NTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL

Fueron resumidos de la siguiente manera por la honorable Corte Suprema de Justicia, al momento de admitir la correspondiente demanda de Casación.

1. Entre el 3 y el 22 de octubre de 2015, ante el Juzgado 37 Penal Municipal con función de control de garantías de Bogotá se celebraron las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación y solicitud de imposición de medida de aseguramiento privativa de la libertad, entre otros, contra GUILLERMO RAÚL RHENALS NOVA, a quien la Fiscalía le atribuyó la comisión de los delitos de prevaricato por acción y peculado por apropiación a favor de terceros agravado por la cuantía, como determinador y coautor, respectivamente, en concurso homogéneo y heterogéneo, con la agravante genérica del numeral 10 del artículo 58 del Código Penal.

2. El 27 de enero de 2016, en audiencia preliminar solicitada por la defensa, el Juzgado 8º Penal Municipal de Bogotá se abstuvo de impartir legalidad al allanamiento a la imputación planteado por GUILLERMO RAÚL RHENALS NOVA.

En decisión del 25 de febrero de 2016, el Juzgado 37 Penal del Circuito de Bogotá revocó esa determinación y decidió “avaluar las manifestaciones que por intermedio de su abogado defensor realizaron los imputados, en el sentido de querer allanarse



a los cargos que les fueron imputados por la Fiscalía en la audiencia del pasado 24 de diciembre de 2015” y precisando en la parte considerativa que “será el Juez de conocimiento el funcionario encargado de impartir legalidad a esas manifestaciones de culpabilidad previo las formalidades legales”.

3. En ese lapso, el 4 de febrero, la Fiscalía radicó el escrito de acusación en contra de GUILLERMO RAÚL RHENALS NOVA, en los mismos términos de la imputación.

4. El 17 de marzo de 2017, en el Juzgado 45 Penal del Circuito de Bogotá, se insistió en el allanamiento a cargos, por lo que el delegado de la Fiscalía realizó las respectivas precisiones de orden fáctico y jurídico. El 24 de marzo siguiente, la Juez verificó el respeto pleno de las garantías y derechos de GUILLERMO RAÚL RHENALS NOVA y le impartió aprobación al constatar que se trataba de una decisión libre, voluntaria y debidamente informada. Seguidamente, se surtió la audiencia del art. 447 de la ley 906 de 2004.

5. El 4 de octubre de 2017, el Juzgado dictó sentencia, declaró a GUILLERMO RAÚL RHENALS NOVA coautor de la conducta de peculado por apropiación agravado y determinador del delito de prevaricato por acción, ambos en concurso homogéneo, conductas por las cuales le impuso pena de prisión de 205 meses y 6 días, multa de 20.780,8667 SMLMV y accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso. Denegó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.¹

6. Apelada esta decisión por la defensa, fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá -Sala Penal- el 14 de noviembre de 2018.²

III. DEMADA DE CASACIÓN

La honorable Corte Suprema de Justicia solo admitió el primer cargo el cual resumió de la siguiente manera:

CARGO PRIMERO

“Al amparo de la causal 2ª del art. 181 de la Ley 906 de 2004 alega la estructuración de un vicio de garantía y señala que el Tribunal no motivó la sentencia respecto de las censuras propuestas en el recurso de apelación.

Precisa que dirigió su reproche frente a la dosificación punitiva, sin tocar aspectos relacionados con “la tipicidad del comportamiento o con la responsabilidad penal del procesado”.

Explica que lo discutido era la inclusión de la circunstancia de mayor punibilidad del artículo 58.10 de la ley 599 de 2000, tomada en cuenta por el juez de primera

¹ Cfr. Fl. 114 a 140 C. 2.

² Cfr. Fl. 12 a 30 cuaderno Tribunal.



instancia pese a que, a su modo de ver, se encontraba inmersa en la descripción normativa de los tipos penales objeto de reproche.

Expone que también cuestionó que esa circunstancia se tuviera en cuenta en la dosificación de cada una de las conductas atribuidas a **GUILLERMO RAÚL RHENALS NOVA**, en razón a que incrementaba, de manera desproporcionada, la pena a imponer e implicaba vulneración del *non bis in ídem*.

Destaca que en la sentencia se resolvió el recurso formulado por su representado sin que el Tribunal se ocupara de la apelación propuesta por la defensa técnica, lo que genera una falta de motivación que, según afirma, estructura la causal de nulidad por violación del derecho de defensa, de conformidad con el artículo 457 de la Ley 906 de 2004.”

CONCEPTO DE LA DELEGADA

CARGO PRIMERO

En el escrito de acusación la Fiscalía al momento de señalar la calificación jurídica provisional, describió e ilustró como los delitos se cometieron en coparticipación criminal, como puede leerse textualmente en la página 26 del mismo se indica que “De suerte que en cada uno de los procesos, al admitir ilegalmente ese acuerdo conciliatorio extraprocesal se incurrió por parte del titular del Juzgado civil del Circuito de Lórica en el delito de prevaricato por acción, pero esos delitos no se cometieron a mutuo propio, sino con la participación de otras personas que determinaron a la juez a la emisión de esas providencias, entre ellos JAIME AGAMEZ PINEDA, SAMIR CHAGUI FLÓREZ, JORGE ELIÉCER PERALTA NIEVES y GUILLERMO RAÚL RHENALS NOVA, pues este también adecuó su comportamiento de manera consciente y voluntaria para que se emitieran esas decisiones manifiestamente ilegales, por lo cual es codeterminador de los delitos de prevaricato por acción al determinar a la juez civil del Circuito de Lórica dictara las providencias aprobando esas transacciones o conciliaciones...”

Igual metodología adoptó la Fiscalía para acusar por el delito de Peculado en contra del procesado y apuntó frente a la circunstancia de mayor punibilidad señalada en el artículo 58 numeral 10 del Código Penal, en la página 29, lo siguiente: *Así mismo y para cada uno de los delitos conlleva la circunstancia de mayor punibilidad establecida por el numeral 10 del artículo 58 del Código Penal, por la pluralidad de las personas que participaron*. Seguidamente el ente persecutor señaló que fueron muchas las personas que participaron en la actuación criminal y por ello hace énfasis en la agravante de la coparticipación criminal.

Igualmente, en la audiencia de formulación de acusación con fines de allanamiento a cargos a récord 1,09. y se describió que en cada uno de los actos se llevaron a cabo 5 delitos de prevaricato y de peculado por apropiación, lo cual fue enunciado en forma oral y pública, donde el Fiscal acusador le describió las conductas cometidas en cada proceso ejecutivo laboral y señaló que por razón de la cuantía se aumentaba hasta en la mitad y describió cual sería la pena mínima y máxima, descripción que se corresponde con lo plasmado en el escrito de acusación.



Señaló a récord 1.13 la circunstancia de mayor punibilidad cuestionada del artículo 58 numeral 10 del Código Penal y el fiscal hace alusión que fueron los mismos cargos y agravantes señalados en la imputación. Además, le aclaró la Fiscalía las consecuencias de la aceptación de cargos y las eventuales rebajas de pena dado el estado procesal en que se encontraba, finalizando la acusación a récord 1.15 y la Juez le precisó a la fiscalía sobre la normativa y el Fiscal sobre los alcances del artículo 31 del Código Penal en materia de concurso de hechos punibles. Véase récord 1,16 de la audiencia de acusación. Aclaró la fiscalía que el delito mas grave era el peculado por apropiación agravado homogéneo y heterogéneo con prevaricato en cantidad de 5 delitos de cada uno peculado y prevaricato. La juez señaló que dando alcance a las garantías de derechos del procesado respecto a la presunción de inocencia (art. 7 C.P.), que para imponer sentencia condenatoria debe haber certeza de la responsabilidad penal; que no se encontraba obligado a declarar ni auto incriminarse y demás garantías o prerrogativas incluida la de guardar silencio, que no esta obligado a renunciar al juicio público donde pueda demostrar su inocencia. La juez le preciso que, si acepta cargos, ello implica aceptación de responsabilidad y será la base de una sentencia de condena. La juez requirió a la fiscalía cual sería el ofrecimiento de descuento por el allanamiento a cargos, teniendo en cuenta el estadio procesal en que se verifica el mismo. La Fiscalía mencionó que la defensa había hecho la solicitud de allanamiento a cargos antes de presentarse el escrito de acusación, pero no se dio tramite a la misma y el juzgado 37 penal del Circuito decidió revocar la decisión, no obstante, con posterioridad en una audiencia de principio de oportunidad en Montería, nuevamente se hizo manifestación de querer allanarse a cargos pero el juez no se pronuncio y ahora en esta audiencia se presenta el mismo intento, por lo cual la fiscalía señala que tiene expectativa de rebaja hasta el 50%, porque la manifestación fue hecha antes del escrito de acusación.

La juez interroga a la defensa si ha ilustrado a su defendido sobre los cargos derechos y consecuencias. A lo cual esta respondió a récord 1,37,20, que el procesado como abogado es plenamente consiente de las consecuencias del allanamiento a cargos y que su expectativa legitima es de su rebaja del 50%, pero que es plenamente consiente de las consecuencias del acto. En igual sentido se pronunciaron al uso de la palabra el apoderado de víctimas, quien expreso que no había oposición a darle el descuento solicitado si se allana a cargos; el abogado de la Fiduprevisora señalo que no se oponía a la rebaja; ministerio público, señaló que ha sido corroborado que hasta antes de radicarse el escrito de acusación se pidió audiencia de allanamiento a cargos por lo cual no se opone que se regule el descuento punitivo hasta en un 50%. La juez pregunto al procesado si se allanaba a cargos, si entendía los hechos, el delito de prevaricato y peculado por apropiación y las circunstancias de mayor punibilidad del articulo 58 Numeral 10, a lo cual expreso que entendió y que el abogado le ha ilustrado minuciosamente al respecto. Además, agrego que desde la audiencia de formulación de la imputación entendió los cargos y también lo del descuento punitivo que puede ser hasta el 50%. Seguidamente la juez le preguntó que como se declaraba frente al delito de prevaricato por acción como codeterminador en 5 delitos y que concursan de manera heterogénea de 5 delitos de peculado por apropiación agravado en concurso con los de prevaricato y agravado por el artículo 58 numeral 10, a lo cual respondió que se declaraba culpable de manera, libre consiente y voluntaria.



En los anteriores términos aparece claro que la circunstancia de agravación del artículo 58 numeral 10, si fue debidamente imputada al procesado y la conoció con lo cual se le garantizó el derecho de defensa y contradicción, descartando que hubiera sido sorprendido. Así las cosas, el procesado no solo conoció debidamente la circunstancia de agravación, sino que no presentó observación ni reparo alguno directamente o por intermedio de su defensor, habiendo por el contrario aceptado los cargos y expresado en dicha audiencia tener pleno conocimiento de la misma, con lo cual existe congruencia entre la acusación y el fallo de condena.

Por otra parte, la disposición cuestionada como agravante especifica la norma que se aplicará si no ha sido consagrada como integrante del tipo penal o que no hayan sido previstas de otra manera.³: y allí se consagra como agravante genérica el “10. *Obrar en coparticipación criminal.*”

La circunstancia tal como la explicitó la Fiscalía en el escrito de acusación hacía referencia al hecho que las conductas delictivas cometidas por el procesado y aceptadas de manera libre consiente y voluntaria fueron llevada a cabo por más de una persona además del procesado, lo cual encaja su comportamiento en la descripción de la agravación punitiva a que hace alusión la Fiscalía en el pliego de cargos.

Bajo las anteriores premisas, tenemos el siguiente análisis de ponderación:

“Así, la confrontación de la pena individualizada por cada ilicitud permite determinar cuál es la más grave, y esta consideración no procede hacerse con fundamento en la prevista por el legislador.”

En ese orden, la sanción más grave así establecida será la base para aumentarla hasta en otro tanto, considerándose como factores de ese incremento el número de ilícitos concurrentes, su naturaleza, gravedad, modalidad de la conducta, intensidad del elemento subjetivo, entre otros.

*Además, la sanción debe estar comprendida entre el mínimo y el máximo del cuarto de punibilidad seleccionado, y **el guarismo o monto para el caso concreto de la pena principal y accesoria se fija con base en los criterios de los incisos tercero y cuarto del artículo 61 del C. P.**, como lo son la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado o la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes.*

Incluso se consideran, para este propósito, la necesidad de la pena, la función que ella ha de cumplir en el caso concreto, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo, el grado de participación y eficacia de la contribución o ayuda en relación con los efectos de la conducta punible.

Una vez realizada la adecuación típica se debe establecer:

³ Ley 599 de 2000 **ARTICULO 58. CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PUNIBILIDAD.** Son circunstancias de mayor punibilidad, siempre que no hayan sido previstas de otra manera....

10. Obrar en coparticipación criminal



*-Marco de la pena por mínimo y máximo (MP), **con base en todas las circunstancias concurrentes con la consumación de la conducta punible en el caso concreto**, según las previsiones legales.*

-Marco de movilidad (MM), que se obtiene con base en los factores del MP, y al máximo de la pena se le resta el mínimo y la diferencia se divide en cuatro partes, el cociente o valor cuantitativo así obtenido como divisor representa el MM, monto fijo que opera como factor en todos los cuartos para adicionarlo y determinar el máximo de la pena en cada uno de ellos.

-Determinación de los cuartos de punibilidad, que indica que la pena debe ser fraccionada en cuatro cuartos, cada uno de ellos con un mínimo y un máximo de pena, de acuerdo con:

i. Cuarto inferior o primer cuarto de punibilidad.

iii. Segundo cuarto de punibilidad.

iv. Tercer cuarto de punibilidad.

v. Cuarto de punibilidad máximo.

De otra parte, una vez seleccionado el cuarto de punibilidad que corresponde a las conductas delictivas por las que se condena al procesado también se debe individualizar por el sistema de cuartos la sanción principal y las accesorias para cada uno de los reatos, salvo las excepciones legales.

Límites del incremento

El incremento “hasta otro tanto” tiene límites, dentro de los que se encuentra la prohibición de superar el duplo de la pena básica individualizada en el caso concreto para el delito más grave, y la sanción definitiva tampoco puede superar la suma aritmética de las penas que correspondería a cada punible (sistema de acumulación jurídica de las penas).

Otro de los topes se relaciona con la prohibición, en el concurso de delitos, de no superar la pena de los 60 años de prisión, regla que no se debe confundir con el límite para tasar la pena individualmente para cada ilícito que establece el artículo 37 C. P. en 50 años.

El último límite es la no reformatio in pejus, en razón a que los errores en la tasación de la pena del factor “otro tanto” no pueden ser modificados posteriormente por el superior funcional que resuelve la apelación, casación o doble conformidad judicial de la primera condena, cuando el condenado sea el único recurrente o peticionario.

Esto tampoco lo puede desconocer el juez que resuelve la redosificación de penas por acumulación o por principio de favorabilidad.

Corrección del superior funcional



Si el superior debe modificar la pena para corregir errores, por ejemplo, para eliminar una circunstancia de mayor punibilidad tenida en cuenta en la providencia revisada y no imputada en la acusación, o cuando la pena básica tenida en cuenta ha sido modificada por una ley más favorable (no aplicada por el juez), o se ha calculado equivocadamente el cuarto de punibilidad aplicado, debe hacerlo con nuevas tasaciones aplicando una rectificación proporcional y justa en relación con el monto a imponer.

Así las cosas, se debe identificar el error y el porcentaje que representa en la pena equivocadamente tasada para que esa proporción sea el punto de referencia para aplicar la corrección, eliminando el riesgo de aumentos que desborden los límites referidos.”

SP-3382019 del 13 de febrero de 2019, M.P. Dr. Eugenio Fernández Carlier, Radicado No. 47675

1.- Conforme a lo anterior, la circunstancia de mayor punibilidad contenida en el numeral 10 del artículo 58 del Código Penal, consistente en “*Obrar en coparticipación criminal*” constituye una consideración inescindible al proceso de individualización de la pena, en concreto, para cada uno de los punibles materia de la tasación. De donde, su aplicación, como elemento intensificador de la pena, a cada uno de tales, conforme a la acusación, no constituye violación al principio non bis in ídem pues, la circunstancia a la cual se alude en la demanda es, precisamente, para la intensificación de la pena propia al delito y, en consecuencia, se puede predicar de cada uno de los comportamientos integrantes del concurso, tanto en su modalidad homogénea como heterogénea.

Esto es, que como la actividad inicial a cargo del fallador es la de identificación de la pena imponible a cada uno de los distintos delitos, en orden a la determinación del cuarto de movilidad aplicable, a ello debe proceder dando aplicación al contenido del artículo 58 y respecto de los diversos punibles conforme a sus características individuales para, igualmente, poder precisar cuál es el más grave. Luego de lo cual, es que se da aplicación a lo normado en el artículo 61, en orden a moverse dentro del cuarto de movilidad ya seleccionado.

Desde este punto de vista, la posterior aplicación del incremento de pena –como producto del concurso- de unos delitos que ostentaron, en su tasación inicial, la selección de un cuarto de movilidad superior, por cuanto todos ellos estaban afectados con una misma clase de causal de agravación, no conlleva la violación del principio non bis in ídem pues, no se está aplicando una misma condición fáctica a distintos comportamientos, sino que se está seleccionando el delito más grave, para ponerlo a concursar punitivamente con reatos de igual naturaleza y alcance, afectados sancionatoriamente por esa misma situación.

En el presente asunto⁴, la determinación de la condición establecida en el numeral 10 del artículo 58 se utilizó para el establecimiento del cuarto de movilidad punitivo aplicable a cada una de las categorías de delitos –peculado y prevaricato por acción-, para el establecimiento del delito más grave. Luego de lo cual, establecido el cuarto de movilidad punitivo imponible a ese reato de mayor gravedad, se

⁴ Páginas 16 de la sentencia de primera instancia y 19 de la sentencia de alzada



procedió a determinar los incrementos derivados del concurso homogéneo y, finalmente para el concurso heterogéneo.

En este punto es que se podría observar alguna irregularidad pues, se estableció (i) una pena como aplicable al PECULADO POR APROPIACIÓN para, luego, (ii) proceder a hacer lo mismo respecto del concurso de delitos de PECULADO POR APROPIACIÓN y, en forma aparejada, (iii) señalar una pena para un delito de PREVARICATO POR ACCIÓN y (iv) adicionalmente, tasar la propia al concurso de estos mismos ilícitos. Para, finalmente, (v) precisar una pena para el concurso heterogéneo de PECULADO POR APROPIACIÓN y PREVARICATO POR ACCIÓN.

Es decir, potencialmente, frente al aspecto concursal se aplicó doble vez la figura del incremento sancionatorio propio a él: (i) una vez para el concurso de delitos de PECULADO POR APROPIACIÓN y (ii) el concurso de punibles de PREVARICATO POR ACCIÓN, considerados separadamente y, otra, (ii) para el concurso heterogéneo de delitos de PECULADO POR APROPIACIÓN y PREVARICATO POR ACCIÓN. Cuando lo predicable era (i) determinar la pena imponible a uno sólo de los delitos, el de PECULADO POR APROPIACION, por ser el más grave y, sobre ese monto, (ii) incrementar una proporción por cada uno de los restantes delitos de PECULADO POR APROPIACIÓN y por cada uno de los adicionales punibles de PREVARICATO POR ACCIÓN.

2.- En lo que toca a la multa se observa, que el inicial valor establecido para ella en la condena A Quo por el delito de PECULADO POR APROPIACIÓN, apropiadamente, se determinó⁵, inicialmente, conforme al monto total de lo apropiado, como correlativo de lo ordenado en el inciso primero del artículo 397 del Código Penal, pero sin el incremento devenido por razón del monto del delito. Desatendiendo así lo dispuesto, para ese incremento –hasta en un 50%- en el inciso segundo de la misma determinación; por superar el monto de lo apropiado los 200 S.M.M.L.V..

Es así que, luego, siguiendo lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 39 del C.P., bajo el mismo criterio y procedimiento, se adicionaron las multas provenientes de los restantes reatos integrantes del concurso de punibles de PREVARICATO POR ACCIÓN⁶ para, finalmente, transmutar la totalidad de los valores, a salarios mínimos mensuales legales vigentes⁷ –aparentemente su costo a 2017-.

Por razón de la aceptación de los cargos, la rebaja del 40% de las sanciones se hizo extensiva a la totalidad de las penas impuestas, incluida la de multa devenida del punible de PECULADO POR APROPIACIÓN⁸.

En tanto que, finalmente, la segunda instancia, estableció como el monto del salario mínimo mensual legal vigente aplicable a la sanción de multa, que no había sido señalado de manera textual, el del año de 2010, por ser la fecha de ocurrencia de los hechos⁹.

⁵ Página 16 de la sentencia de primera instancia

⁶ Página 22 ibidem

⁷ Página 23

⁸ Ídem

⁹ Página 17



De donde, la situación que se observa es que, eventualmente, el valor usado por la primera instancia para determinar el número de salarios mínimos devenidos del delito de PECULADO POR APROPIACIÓN es el del año de 2017. En tanto que, posteriormente, para efectos de su pago, la segunda instancia señaló como tal, el valor del año de 2010. Reduciendo ostensible e inmotivadamente la sanción, situación que no puede ser considerada por la actualmente Corporación en casación.

Así las cosas, la Procuraduría Delegada muy respetuosamente sugiere a la Corte Suprema de Justicia, NO CASAR el fallo impugnado

Cordialmente,

JAIME MEJÍA OSSMAN
Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal

LFRB