

FABIO OSPITIA GARZÓN

Magistrado Ponente

AP2046 – 2020

Casación No. 54746

Acta n° 177

Bogotá D.C., veintiséis (26) de agosto de dos mil veinte (2020).

ASUNTO

La Corte se pronuncia sobre la admisión de la demanda de casación presentada por el defensor de GUILLERMO RAÚL RHENALS NOVA contra la sentencia 14 de noviembre de 2018, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó el fallo condenatorio emitido el 25 de febrero de 2016 por el Juzgado 37 Penal del Circuito con función de conocimiento de Bogotá, en condición de coautor del delito de peculado por apropiación agravado y determinador del delito de prevaricato por acción.

SITUACIÓN FÁCTICA

Ante el Juzgado Civil del Circuito de Lórica -Córdoba- el abogado Jaime Enor Ágamez Pineda promovió cinco procesos ejecutivos laborales que fueron registrados bajo los radicados 23-417-20-31-001-2010-00073, 23-417-20-31-001-2010-00077, 23-417-20-31-001-2010-00085, 23-417-20-31-001-2010-00097 y 23-417-20-31-001-2010-00100.

En esos expedientes se demandó a LA NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-, GOBERNACIÓN DE CÓRDOBA, FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. y EL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, teniendo por pretensión principal el reconocimiento y pago de reajustes a la pensión vitalicia de jubilación para 170 docentes, por lo que, en total, se reclamó el pago de \$27.465.474.425,69.

Las actuaciones se iniciaron y soportaron en 170 resoluciones apócrifas, supuestamente expedidas por la Secretaría de Educación Departamental de Córdoba y sin que se surtiera, ante Fiduprevisora S.A., el trámite del art. 56 de la Ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005.

Con fundamento en esta documentación, el Juzgado Civil del Circuito de Lórica -Córdoba- libró mandamiento de pago y dispuso el embargo de algunas cuentas del Ministerio de Educación Nacional y la Fiduprevisora S.A.

Surtida la notificación de cada una de las demandas, se planteó por parte de los apoderados del Ministerio de Educación y Fiduprevisora S.A. la excepción de ausencia de título ejecutivo y se alegó la inembargabilidad de los recursos administrados por Fiduprevisora S.A.

El vicepresidente de fondos de Fiduprevisora S.A., Jorge Eliecer Peralta Nieves, pese a que en el Consejo Directivo de 3 de septiembre de 2010 le advirtieron de las irregularidades que se presentaban en esos procesos y de la necesidad de adoptar mecanismos efectivos de defensa, otorgó sendos poderes al abogado Guillermo Raúl Rhenals Nova y lo facultó expresamente para transar y conciliar, con desconocimiento de la normatividad que exigía que ese tipo de actuaciones se surtieran con la emisión de un concepto previo por parte del respectivo Comité de Conciliación.

A continuación, el abogado Guillermo Raúl Rhenals Nova concilió con los abogados demandantes y comprometió a Fiduprevisora S.A. al pago de las obligaciones exigidas con indexación, más un 15% por concepto de agencias en derecho.

Mediante la entrega de cuantiosas sumas de dinero, Guillermo Raúl Rhenals Nova y otros de los implicados, determinaron a la entonces Juez Civil del Circuito de Loricá -Córdoba-, para la emisión de decisiones abiertamente contrarias a la ley, específicamente, las que disponían la aprobación de las irregulares conciliaciones y la respectiva orden de pago.

En el proceso 23-417-20-31-001-2010-00073, el 5 de noviembre de 2010, se dio viabilidad a la conciliación y se cancelaron \$6.338.177.488.

Dentro de la actuación 23-417-20-31-001-2010-00077, el 8 de noviembre de 2010, se aprobó el acuerdo conciliatorio y se pagaron \$4.651.301.779.

En el expediente 23-417-20-31-001-2010-00085, el 4 de noviembre de 2010, se profirió providencia aprobando la conciliación y se emitió orden de pago por \$5.592.189.591,69.

Al interior del radicado 23-417-20-31-001-2010-00097, el 11 de noviembre de 2010, se aprobó la conciliación y se dispuso cancelar \$4.749.538.521.

Finalmente, en el proceso 23-417-20-31-001-2010-00100, el 11 de noviembre de 2010, se dio vía libre al acuerdo conciliatorio y se ordenó el pago de \$12.463.399.534.

A N T E C E D E N T E S

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

LA DEMANDA DE CASACIÓN

La defensa de GUILLERMO RAÚL RHENALS NOVA, luego de realizar un recuento fáctico y procesal, formula tres cargos contra la sentencia de segunda instancia, así:

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 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.

Cargo segundo

Con fundamento en la causal primera, alega la violación directa por indebida aplicación de una norma de derecho sustancial, bajo el supuesto que las conductas por las que se condenó a su representado “no eran susceptibles de ser agravadas conforme a lo dispuesto en el artículo 58, numeral 10 del Código Penal”.

Precisa que se incurrió en violación del principio non bis in ídem en razón a que si las conductas se consideran cometidas por servidores públicos “esa circunstancia por sí sola ya califica y agrava la conducta”, situación que estima reforzada por haber sido considerado coautor y determinador frente a los comportamientos reprochados.

Alega que la doble incriminación genera un agravio en contra de su representado en atención a que se generó un incremento injustificado de las sanciones penales.

Extiende su alegato a la determinación de la pena en razón del concurso de conductas punibles y propone que se realicen los descuentos de las sanciones por la aplicación indebida del numeral 10 del artículo 58 de la ley 599 de 2000 y que se proceda a la modificación de las sentencias de instancia.

Cargo tercero

Al amparo de la causal primera del artículo 181 de la ley 906 de 2004, plantea la falta de aplicación del inciso 4 del artículo 30 del Código Penal y la aplicación indebida del precepto 20 ídem. En concreto alega que su representado debió ser considerado interviniente en los delitos de prevaricato por acción y peculado por apropiación, sin que se le pudiera atribuir la condición de servidor por el ejercicio transitorio de funciones públicas.

Subraya que se quebrantó lo previsto en el artículo 15 de la Ley 1150 de 2007, ya que a su representado no le era aplicable el régimen de contratación estatal en razón a que la Fiduprevisora S.A. es una empresa de economía mixta a la que no le eran exigibles las disposiciones de la Ley 80 de 1993, por lo que también considera que se “quebrantó lo previsto en el Art. 20, inciso segundo del Código Penal”.

Asegura que desde el punto de vista de la estricta legalidad y de la efectividad del derecho sustancial, se debió aplicar el inciso 4 del artículo 30 del Código Penal. Y aboga por la consolidación de una línea jurisprudencial acerca del instituto en mención y por la reparación del agravio derivado de una imposición de pena superior a la legalmente establecida.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Sala abordará el estudio de la demanda empezando por los cargos segundo y tercero, por tocar aspectos frente a los cuales el accionante carecería de interés jurídico para recurrir, y finalmente abordará el cargo primero con el fin de analizar la posibilidad de tener por superadas las deficiencias en su fundamentación y dar vía libre al trámite de sustentación con el fin de emitir una decisión de fondo.

Cargos segundo y tercero

La casación como medio de impugnación extraordinaria exige para su ejercicio que el demandante goce de legitimación, concretamente que quien plantea los ataques al fallo de segunda instancia tenga interés jurídico para cuestionarlo.

Se ha dicho que se tiene interés jurídico para impugnar una decisión, cuando causa un agravio a la parte, porque es desfavorable total o parcialmente a sus pretensiones, o porque incluye modificaciones que desmejoran su situación jurídica.

En el caso que se analiza, el procesado se allanó a cargos como coautor del delito de peculado por apropiación agravado y determinador del delito de prevaricato por acción, ambos en concurso homogéneo, con la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el artículo 58-10, por haber obrado en coparticipación criminal, obteniendo a cambio un descuento de pena del 40%.

Revisado el fallo de condena de primera instancia, se establece que el juzgador dedujo responsabilidad por los mismos delitos y las mismas circunstancias por los cuales el procesado aceptó cargos, situación que no sufrió variaciones en segunda instancia, como quiera que el tribunal, en el fallo impugnado, confirmó en su integridad la decisión del juez a quo.

El casacionista, en los cargos segundo y tercero, cuestiona (i) la condición de coautor del procesado en el delito de peculado agravado, (ii) la condición de determinador en el delito de prevaricato, y la imputación de la circunstancia de mayor punibilidad del artículo 58-10, modalidades y circunstancias todas que fueron aceptadas por el procesado en el allanamiento a cargos.

Estos cuestionamientos en sede casacional resultan impertinentes, por implicar una retractación tardía e indebida de los cargos que de manera voluntaria, consciente e informada el procesado aceptó en el curso del proceso, y porque el fallo que se impugna se limitó a acoger la voluntad del procesado, quien aceptó que se le condenara por los referidos delitos, dentro de las modalidades y circunstancias ya vistas.³ (CSJ SP, 20 oct. 2005, rad. 24026).

Esta clase de ataques solo son posibles cuando se orientan a demostrar, a partir de situaciones procesales fundadas, que en el proceso de formación del consentimiento se desconocieron las garantías fundamentales, o que no se cumple el mínimo probatorio para sustentar una decisión de fallo de condena, supuestos que no son los que en este caso

alega el impugnante, ni los que revela el proceso.

Ante la absoluta falta de interés de la parte impugnante para cuestionar los aspectos a que se refieren los cargos estudiados, la Sala los inadmitirá. Contra esta decisión procede el mecanismo de insistencia, en los términos indicados en la providencia del 12 de diciembre de 2005, proferida en el radicado 24322.

Cargo primero

Este reparo se orienta a cuestionar el proceso de dosificación de la pena, por defectos de motivación, y por la forma como la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el artículo 58.10 fue aplicada en el proceso dosificatorio, aspectos en relación con los cuales le asiste a la defensa interés para recurrir, por no haber sido objeto de acuerdo.

Aunque se observan deficiencias de sustentación que impedirían la aceptación del cargo, la Sala los superará y admitirá la censura, con el fin exclusivamente de revisar el proceso de dosificación punitiva y de garantizar la realización de los fines del recurso, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 184 del Código de Procedimiento Penal.

Por tanto, se ordenará surtir el trámite de sustentación del cargo admitido en forma escrita, mediante el uso de medios informáticos que garanticen los derechos de contradicción y publicidad, de conformidad con la regulación establecida para estos casos en el Acuerdo 020, emitido por esta Corporación el 29 de abril del año en curso.

Para tales efectos, se dispondrá correr traslado al demandante y sujetos procesales no recurrentes, por el término común de quince (15) días, con el fin de que presenten por escrito los alegatos de sustentación y refutación, respectivamente, sin que los mismos puedan tener una extensión superior a las diez (10) páginas.

También se pondrá a disposición de los sujetos procesales no recurrentes, por medios

electrónicos, copia de la demanda de casación, de las sentencias de instancia, del escrito de acusación y de los audios en los que se impartió aprobación al allanamiento a cargos y se agotó la audiencia del artículo 447 de la Ley 906 de 2004.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal,

R E S U E L V E

PRIMERO. INADMITIR los cargos segundo y tercero de la demanda de casación presentada por el defensor de GUILLERMO RAÚL RHENALS NOVA, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

Contra esta decisión procede la insistencia.

SEGUNDO. ADMITIR el cargo primero de la demanda, con las salvedades precisadas en la parte considerativa.

TERCERO. De conformidad el Acuerdo 020 emitido por esta Corporación el 29 de abril del año en curso, se dispone correr traslado al demandante y a los sujetos procesales no recurrentes, para que el en el término común de quince (15) días presenten por escrito los alegatos de sustentación y refutación, respectivamente, sin que los mismos puedan tener una extensión superior a las diez (10) páginas.

Para el efecto, se pondrá a disposición de los sujetos procesales no recurrentes, por medios electrónicos, copia de la demanda de casación, de las sentencias de instancia, del escrito de acusación y de los audios en los que se impartió aprobación al allanamiento a cargos y se agotó la audiencia del artículo 447 de la Ley 906 de 2004.

Cópiese, comuníquese y cúmplase.

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Presidente

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZACAYA

GERSON CHAVERRA CASTRO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

FABIO OSPITIA GARZÓN

EYDER PATIÑO CABRERA

HUGO QUINTERO BERNATE

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Cfr. Fl. 114 a 140 C. 2.

2 Cfr. Fl. 12 a 30 cuaderno Tribunal.

3 “... la ley no prevé posibilidad de retractación alguna para el allanamiento, fundada precisamente en la consideración de que ello resultaría contrario al principio de seguridad jurídica y a los deberes de lealtad y buena fe que se exige a los intervinientes en el trámite (art. 12), y señala que el camino siguiente en el rito, cuando tal aceptación se produce en la diligencia de formulación de la imputación (art. 286), es la formulación de la acusación ante el juez de conocimiento por parte de la

Fiscalía, escrito al que se incorpora el acta en que consta el allanamiento realizado por el procesado, y la convocatoria a audiencia para la individualización de la pena y sentencia.” (SP, 5 oct. de 2006).