



Bogotá, D.C., 3 de noviembre de 2020

Doctor  
**FABIO OSPITIA GARZÓN**  
Magistrado Sala de Casación Penal  
Corte Suprema de Justicia  
E. S. D.

**REF.** Casación No. 54746  
Delito: Peculado por apropiación y otro  
Condenados: Guillermo Raúl Rhenals Nova

Cordial saludo:

En mi calidad de Fiscal Primero Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 del Acuerdo 020 de esta Corporación, me permito presentar concepto en relación con la demanda de casación de la referencia, en los siguientes términos:

### **1. La sentencia recurrida**

El 14 de noviembre de 2018, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, resolvió el recurso de apelación que interpuso el apoderado del condenado Guillermo Raúl Rhenals Nova y por éste, contra la sentencia de primera instancia emitida el 4 de octubre de 2017 por el Juzgado 45 Penal del Circuito con funciones de conocimiento de esta capital; con aquella decisión se confirmó y aclaró la decisión de condena emitida por ese juzgado.

El Tribunal se ocupó en su decisión de abordar el tema de la eventual violación de derechos fundamentales del condenado en la admisión que hiciera de los cargos formulados por el delegado de la Fiscalía General de la Nación, ante la argumentación que se presentó en relación con el vicio del consentimiento al admitir los cargos. Encontró el juez colegiado que al entonces imputado se le habían garantizado todos los derechos, estuvo asesorado en todo momento por su abogado de confianza y además en varias oportunidades en el trámite procesal hizo expresa su intención de allanarse a los cargos, luego resulta irrevocable su manifestación.

Hizo claridad también el ad quem, respecto de la tasación punitiva establecida por el juez de conocimiento, aspecto que fue otro de los temas tocados por la defensa y el condenado en sus respectivos recursos de alzada; igualmente a bordo el aspecto de la sentencia de primer grado relacionado con la pena accesoria, para finalmente confirmar la condena emitida en contra del hoy condenado.

### **2. La demanda de casación**

La Sala sólo admitió el primero cargo formulado por el censor, postulación que se hizo al amparo de la causal 2 del artículo 181 de la ley 906 de 2004, pues en su decisión el Tribunal incurrió en una violación a las garantías del procesado, pen cuanto no se ocupó de todos los aspectos que se abordaron al sustentar el recurso de apelación.

Señala el demandante al sustentar su censura, lo siguiente:

*“En efecto, la defensa del procesado al momento de sustentar el recurso de apelación formulado contra la decisión del juez de primer grado, dirigió su censura al quantum punitivo finalmente*

**UNIDAD DELEGADA ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**  
**FISCALIA PRIMERA DELEGADA**  
Avenida Calle 24 No. 52 – 01, Edificio H, Piso 2.  
Teléfono: (57) (1) 5702000



consignado en la providencia, es decir, en manera alguna estaba dirigiendo su inconformidad ~~aspectos~~ aspectos relacionados con la tipicidad del comportamiento o con la responsabilidad penal del procesado, dado que frente a una aceptación de cargos como la que en este evento se produjo, es evidente que reproches de este tipo se tornan improcedentes, no así lo que tiene que ver con la tasación punitiva o eventuales mecanismos alternativos para el cumplimiento de la sanción, verbigracia, la negativa en conceder una prisión domiciliaria o el no otorgamiento de una suspensión de la ejecución de la pena coma que si son susceptibles de impugnación pese a que haya existido una aceptación de cargos.

Ello fue, ni más ni menos, señores magistrados, lo que propuso la defensa del señor RHENALS NOVA en la sustentación del recurso al cuestionar que el juzgado de primera instancia incluyera como circunstancia de mayor punibilidad para efectos de la dosificación punitiva la prevista en el numeral 10 del artículo 58 de la ley 599 del año 2000, esto es, obrar en coparticipación criminal, cuánto dentro de la misma descripción normativa frente a los tipos penales imputados ya se encuentra inmersa esa circunstancia, máxima cuando la imputación se hizo a título de autor y determinante de los punibles de peculado por apropiación y prevaricato por acción, es decir, ya como partícipe.

Pero el reproche no sólo se suscribió en ese aspecto, sino que la defensa también cuestionó que, al momento de imponer la sanción, tuviera en cuenta esta misma circunstancia de agravación para las dos conductas imputadas, lo que a nuestro juicio incrementaba de manera desproporcionada la pena impuesta en la sentencia, y, de contera, violaba el principio de la prohibición de doble incriminación.

Esta circunstancia, a juicio de la defensa, tornó más gravosa la situación procesal de mi defendido, pues implicó que se le impusiera una sanción más alta que aquella que se había pronosticado dado su aceptación de responsabilidad, de ahí que el recurso se dirigiera a cuestionar ese aspecto específico de la decisión.

Cómo se ve, señores magistrados, la impugnación era viable, y como tal debía ser resuelta por el Tribunal, lo que finalmente no aconteció, puesto que la decisión se dedicó a cuestionar la apelación propuesta por el acusado, la cual estaba dirigida a que no se le considerará servidor público, estimando que la misma se constituía en una retractación y como tal debía ser rechazada. En otras palabras, el tribunal “resolvió” la apelación incoado por el procesado mas no aquella propuesta por el defensor técnico cuya viabilidad era procedente en tanto se dirigía a cuestionar la tasación positiva impuesta en la sentencia y no lo atinente a su responsabilidad.

Entonces, a no ser motivada la decisión judicial, insisto, frente a un recurso legítimamente impetrado, se incurrió en una violación al derecho de defensa que a su vez se traduce en un vicio que quebranta la garantía debida al procesado, en tanto se pretermitió por parte de la judicatura la obligación perentoria que tiene de motivar sus decisiones judiciales.”

### **3. Concepto de la Fiscalía General de la Nación**

Señores Magistrados, en criterio de este Delegado de la Fiscalía General de la Nación, la pretensión del casacionista está ajustada a la realidad procesal y por lo tanto desde ya advierto, solicitaré a la Sala se declare la nulidad deprecada y se devuelva la actuación a la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá para que se pronuncie sobre todos los aspectos de la apelación.

Para abordar el estudio de la situación y al no contarse para tal fin con el escrito o la sustentación de la alzada, me remitiré a la cita que de los argumentos de la defensa se hicieron en la decisión de segundo grado por parte del Tribunal. En ella se indicó al respecto lo siguiente:

*“Contra la providencia de primera instancia contra la providencia primera instancia se interpusieron dos recursos de alzada, el primero en ejercicio de su derecho a la defensa material fue interpuesto por GUILLERMO RAÚL RHENALS NOVA el segundo por parte de su defensor.*

**UNIDAD DELEGADA ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**  
**FISCALIA PRIMERA DELEGADA**  
Avenida Calle 24 No. 52 – 01, Edificio H, Piso 2.  
Teléfono: (57) (1) 5702000



## **1. Guillermo Raúl Rhenals Nova**

La censura propuesta por el procesado, tiene como sustento la inconformidad con los cargos aceptados durante la presente causa pues, afirma, lo hizo “en un momento de confusión total, habida cuenta que si bien [es] abogado, El esos momentos aciagos de tanta presión, [lo] Llevaron a que no comprendiera a cabalidad [sus ] actos”, por lo que ahora estima vulnerado el principio de legalidad toda vez que, se le consideró servidor público para efectos del juzgamiento, cuando su actuación en los hechos delictuosos estuvo mediada por virtud de un poder otorgado por la subdirección de la Fiduprevisora S.A., lo que lo convierte en un “extraneus” y no un funcionario estatal, motivo que impide atribuírsele tal calidad.

Por otro lado afirma que, en lo que respecta al punible de prevaricato por acción, este nunca tuvo en su esfera el dominio funcional las actuaciones de la jueza civil del circuito de Lorica, sucesos que hacen parte del acontecer delictivo del que derivó el presente proceso, por lo que no puede considerársele determinante del mismo, máxima cuando sobre el mencionado punible, no es sencillo acto alguno referente al mando, la inducción o instigación al autor material, entre otras acciones necesarias, según jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia traída a colación, para que se le condene bajo esta figura.

Ahora bien, de forma confusa y, respecto de la individualización de la pena, afirma que ésta no debió partir de los cuartos medios sino del primer cuarto de punibilidad, ya que la circunstancia de agravación tenida en cuenta para que se ubicara la misma allí, fue la prevista en el numeral 10 del artículo 58 del Código Penal, esto es, existir coparticipación criminal, pues ésta ya había sido tenida en cuenta en la calificación de su intervención como coautor del delito de peculado por apropiación, hecho que justifica, en su criterio, disminuir la pena.

Por lo anterior, solicita la aplicación de la rebaja prevista para el interviniente, consagrada en el inciso final del artículo 30 *ibidem*, pues, reitera, no actuó como servidor público sino en cumplimiento de la labor de abogado externo de la Fiduprevisora, lo que permite concluir que no era un sujeto calificado para tal delito y, en tanto, al no cumplirlo, como particular debió castigarse bajo la figura referida.

## **2. Defensa de Guillermo Raúl Rhenals Nova**

Los reparos del defensor de confianza de RHENALS NOVA en contra de la decisión de primera instancia, se dirigen a cuestionar la “excesiva” tasación punitiva efectuada, pues, en primer lugar, indica que se vulneró el principio *non bis in idem* al considerarse la causal prevista en el numeral 10, artículo 58 de la ley 599 de 2000 como circunstancia que agrava la conducta, pues, según este, los delitos cometidos por los sujetos activos calificados, como para el caso, el de los servidores públicos, por sí sola ya lo hace; la doble incriminación alegada, afirma, se configura al estar implícita en “el juicio de recriminación no sólo por su connotación especial del servidor público, sino por la modalidad subjetiva en que se aduce participó en la comisión de estos hechos”.

Agrega que, además, tal defecto se hizo extensivo en el aumento por el concurso de delitos, al incrementar en otro tanto el monto impuesto como pena, el cual incluía esta doble incriminación alegada, por cuanto el agravante de la norma citada *supra* ya estaba incluido en la dosificación hecha al delito de prevaricato por acción.

Además, cuestiona las disertaciones hechas por él a quo, en lo relativo a la calificación que de la gravedad de la conducta hizo, respecto de la participación de su defendido en los hechos delictivos, por cuanto su actividad “fue más circunstancial que decisivas en la obtención del resultado final”, supuesto al que, además, debe considerarse que la inclusión de la causal dispuesto en el numeral 10 del artículo 58 de la Ley 599 de 2000, “Como factor de individualización condujo a un mayor reproche”.



*Por último, pone de presente los criterios en materia de necesidad de la pena y su finalidad, para que se Revise el guarismo impuesto desde la perspectiva de la función resocializadora que la misma debe cumplir, y pide que se reduzca “en por lo menos 36 meses”.*

En punto de la competencia del Ad-quem en virtud del recurso de apelación de una sentencia, la Corte en reciente pronunciamiento señaló<sup>1</sup>:

*“Ahora, la existencia material de la sentencia de segunda instancia<sup>2</sup>, en tanto providencia que define el fondo del litigio, está sometida al acatamiento de las exigencias previstas en la ley, como presupuesto esencial de la estructura de un debido proceso.*

*“Así, i) tras la interposición y sustentación oportuna del recurso de apelación, el juez colegiado está compelido a resolverlo, a través de sentencia, en el término de 15 días (10 a cargo del ponente para registrar proyecto y 5 de la Sala para su estudio y decisión), la cual deberá ser leída dentro de los diez días siguientes previa citación de las partes e intervinientes (artículo 179 de la Ley 906 de 2004), ii) **deberá estar suficientemente motivada para que las partes y demás intervinientes conozcan las razones de la misma, y puedan ejercer el derecho a la defensa en su componente de contradicción, de manera que el proveído habrá de haberse pronunciado, dentro del ámbito del principio de limitación, frente a todos los hechos y asuntos planteados en debate (canon 55 de la Ley 270 de 1996)**<sup>3</sup> y, finalmente, pero no menos importante, iii) tendrá que haber sido discutida y aprobada por la mayoría de los miembros de la Sala -quórum deliberatorio y decisorio- (precepto 54 ibidem)” (énfasis suplido).*

En el presente caso los recurrentes fijaron con absoluta claridad el marco de las inconformidades con la decisión de primera instancia. Era en ese y no en otro en el que debía desarrollarse el ejercicio argumentativo para resolverlas sin desmedro del debido proceso.

De la lectura del fallo de segundo nivel, se advierte claramente que en el acápite correspondiente a los argumentos del apelante, se hizo mención al tema de la doble incriminación, esto es, al hecho que al hoy condenado se le imputó la causal de agravación que se deriva de la coparticipación en el delito, circunstancia que para la defensa hace parte de la modalidad de autoría en la que se vinculó al señor Rhenals Nova y que por tanto no podía tenerse además como agravante de la conducta. Si bien el Tribunal mencionó dicho argumento, lo cierto es que en el esquema de la argumentación mediante la cual resolvió las pretensiones del impugnante o de los impugnantes, no se encuentra referencia alguna al tema propuesto como motivo de la apelación.

Otro argumento que se esbozó en la sustentación de la apelación por parte del acusado, fue el relacionado con el tratamiento que se le dio por el juez de conocimiento como servidor público, calidad que en su criterio no podía atribuírsele por el hecho de haber ejercido como apoderado de la Fiduprevisora, por manera que aún cuando admite su eventual responsabilidad en los delitos especiales que se le imputaron, debió habérsele considerado como un “extraneus” en tales conductas y en tal medida imponérsele la pena como interviniente. Tampoco sobre este aspecto se pronunció la segunda instancia.

<sup>1</sup> Auto AP 2020 del 29 de abril de 2020, radicación 57.177.

<sup>2</sup> También la de primer grado.

<sup>3</sup> Por supuesto, tendrán que cumplirse los requisitos previstos en el artículo 162 de la Ley 906 de 2004:

“1. Mención de la autoridad judicial que los profiere.

2. Lugar, día y hora.

3. Identificación del número de radicación de la actuación.

4. Fundamentación fáctica, probatoria y jurídica con indicación de los motivos de estimación y desestimación de las pruebas válidamente admitidas en el juicio oral.

5. Decisión adoptada.

6. Si hubiere división de criterios la expresión de los fundamentos del disenso.

7. Señalamiento del recurso que procede contra la decisión y la oportunidad para interponerlo.”

**UNIDAD DELEGADA ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**FISCALIA PRIMERA DELEGADA**

Avenida Calle 24 No. 52 – 01, Edificio H, Piso 2.

Teléfono: (57) (1) 5702000



Al respecto, se tiene que la sentencia del a quo se produjo en virtud de la aceptación de cargos que hizo el señor Rhenals Nova en los términos en que se le formuló la imputación por parte de la Fiscalía General de la Nación a través de su Delegado; que Tribunal del primer tema que se ocupó en su decisión fue de determinar si era viable la retractación, al considerar que estaba frente a una, concluyendo que no concurrían los presupuestos que la jurisprudencia ha señalado sobre tal posibilidad, lo que obviamente implicaba que la sentencia debía ser emitida atendiendo los términos de la admisión de responsabilidad. Sin embargo, eso no era obstáculo para que dejara de dar respuesta íntegra a los argumentos de la impugnación, bien fuera admitiéndolos o negándolos según su criterio y saber jurídico.

No obstante lo anterior, es necesario que tanto el juez de conocimiento y con mayor razón el funcionario de segunda instancia, al revisar la aceptación de cargos que de manera unilateral hace el indiciado teniendo como norte la emisión de una sentencia condenatoria, tal y como lo ha sostenido la jurisprudencia, no se limiten a determinar si dicha aceptación fue libre y voluntaria, pues aun cuando así haya sido, la sentencia que en tal caso se emita no puede apartarse del principio de legalidad. Es imperativo, entonces, pese a que no exista de pleno un debate probatorio, que se examinen los elementos materiales probatorios que satisfagan el estándar probatorio establecido en el inciso final del artículo 327 de la ley 906, a fin de inferir la autoría o participación y la tipicidad, con el propósito de que la sentencia condenatoria sea respetuosa de los derechos del condenado.

A manera de ejemplo, ante el postulado cuestionamiento del acusado por habersele tenido como servidor público cuando obró en ejercicio de la profesión liberal de abogado en virtud de poder que se le confirió para agenciar los intereses de una entidad oficial en el decurso de un proceso judicial, era preciso dilucidar si en efecto el otorgamiento de un poder en tales condiciones, en un contexto semejante, habilitaba que se considere al particular que actúa con ocasión del mandato, por extensión, como servidor público; también, era del caso establecer, precisamente a partir de los contornos factuales protocolizados en la sentencia, qué efecto tiene frente a la calidad de servidor público, en esas particulares condiciones, que el funcionario de una empresa de economía mixta, como La Fiduprevisora, que de conformidad con el artículo 41 del Código Sustantivo del Trabajo se considera trabajador particular y está sometido a las normas de tal Código, confiera poder especial con fines de representación en un o en unos procesos en particular a determinado abogado en ejercicio.

En sentencia del 28 de junio de 2017, radicado 45.495, la Corte, en relación con el control que el juez de conocimiento ha de cumplir sobre la admisión unilateral de responsabilidad, en atención al fundamento sobre la materialidad de la infracción y la responsabilidad, señaló:

*“4.1.3. Si no se acredita ningún vicio del consentimiento en la aceptación de culpabilidad ni la vulneración de garantías fundamentales, al juez de conocimiento le corresponde dictar sentencia. Y en ese acto ha de garantizarse que en la declaración de responsabilidad penal, fundada en la admisión de esta por el acusado, no se afecte indebidamente la presunción de inocencia (art. 29 inc. 4-1 de la Constitución). Entre otros aspectos, esta prerrogativa implica que, para proferir sentencia condenatoria, deberá existir convencimiento de la responsabilidad del acusado, más allá de toda duda (arts. 7° inc. 3° y 381 del C.P.P.). Y para lograr tal estándar de conocimiento no es suficiente el simple allanamiento a cargos, pues la declaración de responsabilidad al soportarse en una verificación probatoria lato sensu, que garantice que la presunción de inocencia que cobija al acusado fue desvirtuada con suficiencia.*

*Por consiguiente, es garantía fundamental de quien acepta la imputación -sin ningún vicio de su consentimiento y en un marco de respeto a sus derechos- que la consecuente sentencia condenatoria que se dicte en su contra esté fundada en medios de conocimiento que, junto a su admisión de culpabilidad, acrediten la materialidad de la infracción y la responsabilidad delictiva.*

Al respecto, mediante la SP 8 jul. 2009, rad. 31.280, la Sala puntualizó:

*Ese control judicial del allanamiento o del acuerdo no se cumple con una simple revisión formal. No basta con constatar la libertad y voluntad a través del simple interrogatorio al procesado, la labor del juez como garante y protector de los derechos humanos debe ir más allá verificando que las garantías fundamentales se hayan preservado, dentro de las cuales, obviamente se encuentran, entre otras, la legalidad, estricta tipicidad y el debido proceso.*

**UNIDAD DELEGADA ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**  
**FISCALIA PRIMERA DELEGADA**  
Avenida Calle 24 No. 52 – 01, Edificio H, Piso 2.  
Teléfono: (57) (1) 5702000



*Aparejado a ello, si bien por esa misma asunción temprana de la responsabilidad penal, no se cuentan con suficientes elementos probatorios, pues precisamente la economía por no adelantar el juicio es la que se le premia al procesado con la rebaja punitiva, es claro que **tal admisión de culpabilidad debe contar con un grado racional de verosimilitud.***

(...)

*En ese entendido, incluso en el procedimiento abreviado derivado de la aceptación unilateral o pre acordada de culpabilidad, el juez de conocimiento está en el deber de valorar en conjunto los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física (art. 180 C.P.P.), a fin de acreditar con suficiencia que existe convencimiento más allá de toda duda para condenar (art. 381 idem). Esa es la comprensión fijada por la jurisprudencia constitucional (C-1195 de 2005) al afirmar que “el juez sólo puede imponer condena al imputado cuando establezca con certeza estos elementos estructurales del delito [...] En caso contrario, quebrantaría el principio constitucional de legalidad”.*

Acorde con lo anterior, es claro que la inconformidad de la defensa tanto técnica como material con la sentencia de primer grado que se ocupaba de resolver la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, perseguía un examen a la garantía de la estricta tipicidad, en el entendido que se aspiraba a que el juez de segundo grado se pronunciará sobre tres aspectos concretos: i) la eventual existencia de violación al principio de prohibición de doble incriminación, derivada del agravante que se imputó, ii) la modalidad de participación que, aún cuando había sido aceptada, en criterio de la defensa material debía obedecer a la del partícipe como iinterviniente en el delito especial imputado y iii) la condición de determinador en la que se le condenó por el delito de prevaricato por acción.

Sin embargo, pese a que el tribunal tenía clara la fundamentación del recurso, pues así lo revela la referencia que hizo en su decisión sobre la sustentación, simplemente se limitó a pronunciarse sobre la improcedencia de la retractación del imputado, omitiendo resolver sobre los demás aspectos en torno a los cuales giró la inconformidad de la defensa con la sentencia condenatoria inicial.

Así entonces, como quiera que en el escenario de la casación no podría entrar a la Sala a remediar de otra manera la omisión en la que incurrió la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá al desatar el recurso de apelación, la única solución procedente es la de declarar la nulidad de la sentencia de segundo grado y ordenar la devolución del expediente al tribunal para que proceda a pronunciarse íntegramente sobre todos los aspectos tocados por los apelantes.

En los anteriores términos rindo el concepto, atendiendo a lo dispuesto en el numeral 3 del Acuerdo 020 de 2020 de esa Corporación.

De los señores Magistrados,

Atentamente,

Firma digital  
**JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO**  
Fiscal Primero Delegado