



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

PATRICIA SALAZAR CUELLAR
Magistrado Ponente

SP364-2018

Radicación n° 51142

Acta n° 54

Bogotá D. C., veintiuno (21) de febrero de dos mil dieciocho (2018).

VISTOS

Una vez verificada la legalidad de la aceptación de los cargos formulados a FERNANDO CASTAÑEDA CANTILLO y FÉLIX MARÍA GALVIS RAMÍREZ por la Fiscalía General de la Nación, como coautores de los delitos de concierto para delinquir, prevaricato por acción, en concurso homogéneo y sucesivo, y peculado por apropiación en favor de terceros, agravado en algunos casos, en igual modalidad concursal, y realizada la audiencia para los fines contemplados en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004, procede la Sala a emitir la correspondiente sentencia de única instancia.

FILIACIÓN DE LOS ACUSADOS

FERNANDO CASTAÑEDA CANTILLO, identificado con la cédula de ciudadanía número 79.322.651, natural de Bogotá, nació el 29 de septiembre de 1964, hijo de Elvira Cantillo y Tomás Castañeda (fallecido), de 57 años de edad, de profesión abogado y residente en la Urbanización Quintas de San Pedro, manzana D, casa 5 de Santa Marta.

FÉLIX MARÍA GALVIS RAMÍREZ, identificado con la cédula de ciudadanía número 13.812.123 de Bucaramanga, natural de Bochalema (Norte de Santander), nació el 23 de agosto de 1950, hijo de María Presentación Ramírez y Félix Galvis (ambos fallecidos), de 67 años de edad, de profesión abogado y residente en la Avenida 6E N° 8-35, edificio Monserrat, apartamento 202, de Cúcuta.

ANTECEDENTES FÁCTICOS

Entre el 25 de febrero de 2010 y el 24 de junio de 2011, cerca de 542 trabajadores de Ecopetrol, a través de los abogados Jorge Luis Horta Orozco, José Trinidad Minorta Quintero e Iván Landinez Vargas, entre otros apoderados, presentaron ante los Juzgados Laborales del Circuito de Cúcuta 20 acciones de tutela, en las que solicitaban alguna de las siguientes pretensiones: (i) tener como factor salarial un «incentivo al ahorro» y en consecuencia, reliquidar el



monto de la pensión y pagar retroactivamente los valores dejados de percibir, no obstante que voluntariamente habían aceptado dicha restricción; (ii) reconocer y pagar pensiones dentro del régimen del «plan 70», pese a que no cumplían con los requisitos exigidos en la convención colectiva y (iii) el reintegro, ficto o real a la empresa, luego de haber sido desvinculados debido al reconocimiento de una pensión gracia o despedidos por la declaratoria de ilegalidad de una huelga en el año 2004, más el pago de indemnizaciones. En una de las demandas, además, se solicitó la indemnización de perjuicios en abstracto.

Así, mientras que cinco acciones constitucionales fueron asignadas a los Juzgados 1° y 2° Laborales del Circuito de Cúcuta, las demás correspondieron a los despachos 3° y 4° de la misma especialidad, en 3 casos sin pasar por la respectiva oficina de reparto, Juzgados estos últimos que concedieron las pretensiones de los actores, a excepción de una, fallada por el Juzgado 4°.

Una vez los actores o el apoderado de Ecopetrol en todos los casos, impugnaron el fallo de primera instancia, las diligencias fueron asignadas a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta, compuesta por los Magistrados FERNANDO CASTAÑEDA CANTILLO, FÉLIX MARÍA GÁLVIS RAMÍREZ y Antonio José Acevedo Gómez, los dos primeros funcionarios, en 20 fallos aprobados en Sala dual o mayoritaria¹, sin excepción accedieron a las pretensiones de

¹ Se trata de las sentencias con radicación T-1828/10, T-1836/10, T-2000/10, T-2038/10, 2061/10, T-2071/10, T-2076/10, T-2077/10, T-2080/10, T-2094/10,



los actores, ya fuese al revocar, confirmar o adicionar la sentencia recurrida, según el caso. En dichos pronunciamientos de segundo grado, el Magistrado Antonio José Acevedo Gómez salvó voto, al considerar que las acciones constitucionales eran abiertamente improcedentes.

Como consecuencia de las referidas sentencias, Ecopetrol, empresa Industrial y Comercial del Estado, tuvo que pagar a los actores cerca de \$109.472.162.193 para el año 2012.

Para el logro de los resultados antes señalados, el abogado José Trinidad Minorta Quintero y otros dos litigantes, se asociaron con jueces laborales del circuito de Cúcuta y con los Magistrados del Tribunal Superior de esa ciudad, doctores FERNANDO CASTAÑEDA CANTILLO y FÉLIX MARÍA GÁLVIS RAMÍREZ, para que a través de fallos de tutela fundamentalmente estos últimos, accedieran a las pretensiones de los empleados y extrabajadores de Ecopetrol.

No obstante, las sentencias de tutela proferidas por el Tribunal Superior de Cúcuta, fueron objeto de revisión por la Corte Constitucional, que mediante 13 fallos las revocó total o parcialmente y en su lugar, denegó los amparos constitucionales, a excepción de uno en que solo consideró desacertada la imposición de la condena en perjuicios.

2100/11, T-2104/11, T-2105/11, T-2111/11, T-2113/11, T-2121/11 T-2122/11, T-2183/11, T-2193/11 y T-2196/11.



La Corte Constitucional encontró que las acciones de tutela que originaron los fallos mencionados eran abiertamente improcedentes, puesto que: (i) los juzgados laborales y el Tribunal Superior de Cúcuta no tenían competencia territorial para conocer de los procesos, en tanto la supuesta amenaza o violación, ni sus efectos se produjeron en ese Distrito Judicial, (artículo 37 del Decreto 2591 de 1991); (ii) tampoco se satisfacía el requisito general de inmediatez (artículo 1º *idem*), ya que los hechos censurados por los actores acaecieron varios años atrás, sin que se justificara la mora en acudir a la acción de tutela; (iii) existían otros medios idóneos y eficaces de defensa judicial que los accionantes no agotaron, sin que se encontraran ante un inminente perjuicio irremediable que hiciera viable la acción de amparo como mecanismo transitorio (artículo 86 Constitución Nacional) e incluso, (iv) en algunos casos no importó que existieran tutelas previas con identidad de partes, hechos y pretensiones (artículo 38 del Decreto 2591 de 1991), todo ello en contravía de la jurisprudencia constitucional dominante.

TRÁMITE PROCESAL

Formulación de imputación:

En audiencia preliminar llevada a cabo el 1º de septiembre de 2017 ante un Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con función de control de garantías, la Fiscalía atribuyó a

FERNANDO CASTAÑEDA CANTILLO los delitos de concierto para delinquir (artículo 340 del Código Penal), peculado por apropiación en favor de terceros (artículo 397 *idem*), 12 agravados (inciso 2º *idem*), 6 simples (inciso 1º *idem*) y 2 atenuados (inciso 3º *idem*) en concurso homogéneo y sucesivo, y 20 prevaricatos por acción (artículo 413 *idem*), bajo la misma forma concursal, cargos que fueron aceptados por el hoy enjuiciado. Igual imputación jurídica se le formuló a FÉLIX MARÍA GALVIS RAMÍREZ en audiencia de adición y aclaración de imputación del 27 de septiembre de 2017, quien también se allanó a los cargos imputados.

Con posterioridad, los respectivos Magistrados que actuaron en función de control de garantías, impartieron aprobación integral a los correspondientes allanamientos luego de verificar que estos fueron libres, conscientes, informados, voluntarios, espontáneos, incondicionales, exentos de vicios esenciales del consentimiento y plenamente respetuosos de los derechos y garantías procesales de FERNANDO CASTAÑEDA CANTILLO y FÉLIX MARÍA GALVIS RAMÍREZ.

Por su parte, en audiencia de verificación de la legalidad del allanamiento a cargos, realizada el 30 de octubre de 2017, la Sala de Casación Penal de la Corte advirtió que el trámite se adelantó con respeto del debido proceso y sin violación de los derechos fundamentales de los acusados.

Audiencia de individualización de la pena:

Con la finalidad de agotar el rito previsto en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004, se concedió el uso de la palabra a las partes e intervenientes para que se refirieran a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden de los procesados, así como a la probable determinación de pena aplicable y la concesión de algún subrogado. Su intervención se sintetiza así:

1. La Fiscal Segunda Delegada ante la Corte solicitó que, al momento de dosificar la pena, se parta de los cuartos medios, en consideración a que si bien los acusados carecen de antecedentes penales, concurre la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el artículo 58-9 del Código Penal, referida a la posición distinguida que los procesados ocupaban en la sociedad debido a su cargo. Dentro de esos límites, estimó que debe imponérseles el máximo del primer cuarto medio, en atención a la gravedad de la conducta, al lesionar bienes *"que irradiian a la sociedad"*, como la seguridad y administración pública, así como el número de delitos imputados que ascienden a 41 en total.

Resaltó el daño real creado con los comportamientos delictivos, no sólo al apropiarse de un monto *"que supera los \$137.000.000.000.oo"*, sino también al afectar el *"buen nombre"* de la administración de justicia, con el consiguiente menoscabo de la confianza depositada por la sociedad. Señaló que la intensidad del dolo de los ex Magistrados es evidente en la reiterada omisión de providencias contrarias a la ley y a la jurisprudencia constitucional, con el único



interés de favorecer a los accionantes y sus apoderados, pese a *"las advertencias de su compañero de Sala"*.

De otro lado, indicó que si bien los procesados aceptaron los cargos imputados antes de la acusación, no son merecedores de la rebaja máxima prevista en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, porque no han reintegrado lo apropiado, factor que, como lo ha sostenido recientemente esta Corporación², ha de tenerse en cuenta para determinar el monto de la rebaja por allanamiento a cargos.

Por último, estimó la Fiscalía que los enjuiciados deben cumplir la pena en centro de reclusión. De un lado, porque no procede la suspensión condicional de la ejecución de la pena *"en consideración al límite de los delitos imputados"* y de otro, porque el competente para pronunciarse frente a la reclusión domiciliaria por enfermedad grave o avanzada edad es el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad.

Además, resaltó que el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses valoró recientemente al doctor CASTAÑEDA CANTILLO y concluyó que *"su condición médica es compatible con una reclusión formal"*, y en relación con GALVIS RAMÍREZ, advirtió que la edad debe ser ponderada con circunstancias como la personalidad del sentenciado, la naturaleza y modalidad de las conductas punibles, para determinar la procedencia de la reclusión en el lugar de residencia.

² CSJ SP, 27 sep. 2017, rad. 39831

2. Por su parte, el **apoderado de Ecopetrol** resaltó que pese a que los procesados evitaron un juicio «*dispendioso*», su aceptación de cargos ha ratificado el acuerdo al que llegaron ciudadanos del común, empleados de Ecopetrol, sus abogados, jueces y magistrados, con la única intención de defraudar el patrimonio del Estado. Así, agregó que sólo una sanción «*acorde con la gravedad de los hechos puede dar lugar a que la sociedad entienda que también la administración (de justicia) opera*».

3. El **representante de la Rama Judicial** solicitó a esta Corporación imponer una pena «*ejemplar*», en consideración a la gravedad de los delitos imputados y a la «*posición de privilegio en la sociedad Colombiana*» que tenían los ex Magistrados, al ostentar una de las «*dignidades más altas en la noble tarea de administrar justicia*».

4. El **acusado FERNANDO CASTAÑEDA CANTILLO**, después de reseñar sus condiciones personales, indicó que se encuentra en un precario estado de salud, debido a que padece atrofia muscular, pérdida de movimiento en varias extremidades y tiene un proceso prematuro de envejecimiento, que no hace aconsejable su internación intramural.

5. El **defensor del procesado CASTAÑEDA CANTILLO** solicitó que al dosificar la pena se parta del primer cuarto, debido a que su procurado manifestó su intención de colaborar con la justicia desde el primer momento procesal,

46

al tiempo que no registra antecedentes penales. Frente a la reparación de perjuicios, advirtió que su defendido «está dispuesto a esperar el incidente de reparación integral para que se determine la cuantía del daño causado con la conducta».

Adujo que no procede ningún subrogado penal por no satisfacer los requisitos objetivos relacionados con la sanción, pero implora se le permita continuar en «prisión domiciliaria», en virtud del «caótico» estado de salud del doctor CASTAÑEDA CANTILLO, valorado por última vez el 28 de septiembre de 2017, como lo acredita la historia clínica que aportó.

6. El procesado FÉLIX MARÍA GALVIS RAMÍREZ, después de resaltar que cuenta con 67 años de edad, es padre de 3 hijos menores y carece de antecedentes penales, manifestó su deseo de «estar presente en el crecimiento de mis hijos menores».

7. Por último, la defensora de FÉLIX MARÍA GALVIS RAMÍREZ solicitó que la sanción se imponga dentro del primer cuarto, en razón a que su procurado no tiene antecedentes penales, se allanó a los cargos imputados por la Fiscalía y «está arrepentido de lo que ha ocurrido y ha pedido perdón a la sociedad».

De otro lado, pretende se conceda a su representado la prisión domiciliaria, quien cuenta con 67 años de edad y desde hace 14 años ha sufrido un deterioro en su salud



debido a la diabetes que padece, la cual requiere especial alimentación cada 3 horas. Agregó que de no resultar viable esta última pretensión, solicitó que GALVIS RAMÍREZ sea trasladado a la Cárcel Modelo de Cúcuta, como quiera que en esa ciudad vive su familia y especialmente sus 4 hijos menores de edad, quienes han estado bajo el cuidado de su padre por ser la persona que “*atiende las mayores necesidades*” de los menores.

CONSIDERACIONES:

1. Cuestiones previas.

El Acto Legislativo 01 del 18 de enero de 2018 modificó los artículos 186, 234 y 235 de la Constitución Nacional y creó, al interior de la Corte Suprema de Justicia y con funciones limitadas, Salas Especiales de Instrucción y Juzgamiento para aforados, encargándose a la Sala de Casación Penal la resolución de los recursos de apelación que se interpongan contra las decisiones de la Sala Especial de Juzgamiento de primera instancia.

Aunque se trata de un acto legislativo expedido por el Congreso de la República y promulgado en debida forma, de lo que se deduce su validez, ante la ausencia de una regla de transición en esa reforma Constitucional, no es posible aseverar que por su sola entrada en vigencia se haya presentado el decaimiento automático de las competencias

que ha venido ejerciendo la Sala de Casación Penal y de las cuales la sustrae el Acto Legislativo, digase investigar, acusar y juzgar en única instancia a los funcionarios a los que la Constitución Política otorgó ese privilegio.

Ello por cuanto los órganos a los cuales se traslada la competencia para instruir y juzgar en primera instancia a los aforados constitucionales no son preexistentes al mencionado Acto Legislativo (en cuyo caso, a falta de norma de transición, las Salas Especiales habrían absorbido de inmediato esas funciones desde su promulgación), sino que éste los crea y por ende, no resulta viable pretender en esos casos la parálisis de la función de administrar justicia, mientras los respectivos poderes públicos implementan esos nuevos organismos, con los trámites constitucionales y legales que ello conlleva.

En este orden de ideas, es indudable que la Sala de Casación Penal conserva las competencias que ha venido cumpliendo, hasta tanto entren en funcionamiento las Salas Especiales, momento en el cual pasarán a los nuevos dignatarios, una vez se posesionen de sus cargos ante el Presidente de la República.

Así las cosas, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para proferir sentencia dentro del proceso adelantado contra FERNANDO CASTAÑEDA CANTILLO y FÉLIX MARÍA GALVIS RAMÍREZ, de conformidad con los artículos 235-4 de la Carta Política, y 32-6 de la Ley 906 de 2004, por cuanto los delitos

atribuidos se hallan estrechamente vinculados al ejercicio del cargo desempeñado como Magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta, condición que ostentaban los acusados para la época en que los hechos investigados tuvieron su ocurrencia, al haber suscrito en dicha calidad los fallos de tutela objeto de acusación, como se desprende de las copias de cada una de las respectivas decisiones.

2. Sobre la aceptación unilateral de cargos.

El allanamiento a cargos, como especie de derecho penal premial o transaccional, pretende la consolidación de la economía procesal, la realización de la justicia material, la punición eficaz y cierta del infractor, la reducción de la carga misional del aparato judicial y por ende, la descongestión del sistema penal (CSJ SP, 20 sep. 2017, Rad. 50366).

En dicho mecanismo procesal el imputado o acusado, según corresponda, acepta de forma unilateral los cargos que le ha formulado la fiscalía, renunciando de esta forma a la realización de un juicio público sin dilaciones injustificadas, al interior del cual podría, eventualmente, ejercer el derecho de contradicción respecto de las pruebas aducidas en su contra, bien sea contrainterrogando testigos o controvirtiendo otras pruebas de naturaleza distinta, inclusive con la posibilidad de aportar medios de convicción con el propósito de desvirtuar los que se incorporen en su contra.

Ahora bien, como contrapartida al asentimiento voluntario sobre su responsabilidad en los hechos imputados, el procesado se hace merecedor a una rebaja de la sanción correspondiente al comportamiento delictivo, el cual varía de acuerdo al estadio procesal en que tenga lugar la aceptación de los cargos. En efecto, en la formulación de imputación se obtendrá una disminución «hasta» de la mitad de la pena imponible, mientras que si ocurre en la audiencia preparatoria se reducirá «hasta» en la tercera parte y, finalmente, si se verifica al inicio de la audiencia del juicio oral tendrá derecho a la rebaja (fija) de «una sexta parte» (*ídem*).

Así, en el presente caso corresponde a la Sala estudiar la concurrencia de las exigencias para emitir el fallo condenatorio, para lo que se procederá al análisis de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida acopiada por la Fiscalía en desarrollo de la indagación en orden a establecer si ocurrieron los delitos de concierto para delinquir, prevaricato por acción y peculado por apropiación a favor de terceros, algunos agravados, imputados por la Fiscalía y aceptados por los acusados, así como la responsabilidad penal de los procesados.

**3. Los delitos imputados y la participación de
FERNANDO CASTAÑEDA CANTILLO y FÉLIX MARÍA
GALVIS RAMÍREZ.**

3.1. Concierto para delinquir

El inciso 1º del artículo 340 del Código Penal, con la modificación introducida por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, define el delito de concierto para delinquir, así:

Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de 48 a 108 meses.

El delito de concierto para delinquir tiene lugar cuando varias personas se asocian con el propósito de cometer delitos indeterminados, ya sean homogéneos, como cuando se planea la comisión de una misma especie de punibles, o bien heterogéneos, caso en el cual se acuerda la realización de ilícitos que lesionan diversos bienes jurídicos³; desde luego, su finalidad trasciende el simple acuerdo para la comisión de uno o varios delitos específicos y determinados, en cuanto se trata de la organización de dichas personas en una *societas sceleris*, con vocación de permanencia en el tiempo.

Es suficiente para la configuración del tipo penal que la persona haya pertenecido o formado parte de la empresa criminal, sin importar el momento en que se produjo su adhesión a la organización, sea al momento de su creación o mediante el asocio con posterioridad, y tampoco interesan los roles que desempeña dentro de la misma.

³ Cfr. CSJ SP. Jul 22 de 2009, Rad. 27852.



En suma, el delito de concierto para delinquir requiere en primer lugar un acuerdo de voluntades entre varias personas; segundo, una organización que tenga como propósito la comisión de delitos indeterminados, aunque pueden ser determinables en su especie; tercero, la vocación de permanencia y durabilidad de la empresa acordada; y cuarto, que la expectativa de realización de las actividades propuestas permita suponer fundadamente que se pone en peligro la seguridad pública (CSJ SP, Jul 15 2008, Rad. 28362).

•

A la luz del desarrollo jurisprudencial que se acaba de relacionar, la Sala analizará la existencia del conglomerado delictivo y la intervención de los aquí acusados en esa actividad ilícita.

Se cuenta inicialmente con el testimonio del mensajero de Ecopetrol para el 2011, Marco Antonio Ruiz Gualdrón, quien indicó que en dicho año, envió a través de su correo electrónico institucional una invitación a los afiliados del sindicato ADECO, subdirectiva Bogotá, para reunirse con el abogado José Trinidad Minorta Quintero en el Hotel Centro Internacional de esta capital, con el fin de que éste los apoderara en acciones de tutela que se presentarian en la ciudad de Cúcuta, pues *«en el voz a voz se decía que el abogado Minorta estaba defendiendo los intereses de los trabajadores en la ciudad de Cúcuta y los resultados eran positivos supuestamente»*.

•



A dicha declaración la acompaña el texto del correo electrónico enviado por el deponente el 14 de febrero de 2011, cuyo texto relevante es el siguiente:

*Para los que **tenemos ya cumplido el plan 70** y queremos instaurar la acción de tutela.*

(...)

El doctor Minorta nos hará llegar el poder para diligenciarlo con los datos de cada uno, autenticarlo en notaría junto con el contrato y devolvérselos.

*El precio acordado con el doctor, es de \$25.000.000 si le entregamos el paquete de 50 personas (**sin importar el distrito al que pertenezcan**), o de \$26.000.000 si el paquete es de menos de 50 personas.*

(...)

*Compañeros, les hacemos la invitación a que pasemos del dicho al hecho, **y aprovechemos la oportunidad que DIOS nos brinda en este momento a través de la gestión en Cúcuta**... no dejemos pasar la oportunidad, recordemos lo que sucedió con **las reclamaciones del incentivo al ahorro** donde después de un tiempo la empresa "intervino" y la diligencia se hizo más difícil.*

NOTA IMPORTANTE PARA NUESTROS AFILIADOS EN BOGOTÁ

Para despejar dudas, el Dr. Minorta nos estará acompañando este viernes 18 de febrero, Hotel Centro Internacional... para quienes estén interesados. (Negrillas fuera del texto).

Dichos medios de conocimiento permiten advertir que sin importar el lugar de residencia o de trabajo de los interesados, las respectivas acciones de amparo que se presentaran a través del abogado José Trinidad Minorta Quintero y otros apoderados, se radicarían exclusivamente en la ciudad de Cúcuta, en cuyo Distrito Judicial ese abogado ya había realizado una «gestión» que daba la «oportunidad» de lograr sus pretensiones económicas.

Esas expresiones, caracterizadas por utilizar un lenguaje genérico y ambiguo, denotan que la intención de la misiva consistía en dar a conocer a los interesados en forma velada que ya se tenía el camino allanado en Cúcuta para que prosperaran las demandas a través de medios ilícitos, que por obvias razones no podían ser expuestos a través de la comunicación electrónica y que, como se explicará con mayor detenimiento en párrafos posteriores, consistieron en la conformación de un ilegal acuerdo de voluntades entre los apoderados de los actores y varios funcionarios jurisdiccionales, para que las acciones constitucionales culminaran en el reconocimiento y pago de prestaciones laborales a las que no era viable acceder por vía del amparo de tutela.

Así, como ya se mencionó, en dicho acuerdo de voluntades intervinieron 3 abogados litigantes, digase José Trinidad Minorta Quintero, Jorge Luis Horta Orozco e Iván Landínez Vargas, quienes recibieron de 516 empleados y extrabajadores de Ecopetrol, sendos poderes especiales, con los cuales presentaron 16 de las 20 demandas de tutela en la ciudad de Cúcuta, lugar en el que no laboraba ni trabajó ninguno de los accionantes. Para sustentar tales afirmaciones se cuenta con la copia de las demandas de tutela presentadas dentro de los procesos que originaron los fallos objeto de acusación, de los cuales se destaca que ese fue el número de libelos presentados por los mencionados profesionales del derecho.

Sin embargo, aquellos abogados no fueron los únicos que unieron sus voluntades con una finalidad ilegal, pues a ellos se sumaron dos jueces laborales del circuito de Cúcuta⁴, en cuyos despachos se acumularon 15 de las 20 demandas de tutela, tres de ellas asignadas directamente a dichos jueces sin pasar por la respectiva oficina de reparto⁵.

Esos funcionarios, en casi todas las ocasiones accedieron a las pretensiones de los actores, al establecer como factor salarial el «*incentivo al ahorro*», no obstante dicha discusión debía ser decidida por la jurisdicción ordinaria laboral; disponer el pago de pensiones bajo regímenes para los cuales los interesados no acreditaban requisitos, u ordenar el reintegro de extrabajadores que fueron legamente desvinculados, así como el desembolso de valores retroactivos «*dejados de percibir*», e indemnizaciones de perjuicios en abstracto, decisiones emitidas en claro desmedro de las finanzas de la compañía petrolera.

Ahora bien, en los 20 procesos de tutela los fallos de primera instancia fueron impugnados por las partes, en algunas ocasiones por los accionantes a través de sus apoderados, aunque en casi la totalidad de los eventos fue Ecopetrol quien tuvo que recurrir las decisiones por serle claramente perjudiciales.

⁴ Se trata de los Jueces 3º y 4º Laborales del Circuito de Cúcuta, el primero quien ya aceptó cargos por estos hechos, mientras que respecto del segundo el proceso se encuentra en etapa de juicio.

⁵ Radicados de segunda instancia T-2000/10, T-2080/10 y 2122/11.



Es allí cuando entran a participar los aquí acusados FERNANDO CASTAÑEDA CANTILLO y FÉLIX MARÍA GALVIS RAMÍREZ, para entonces (años 2010 y 2011) Magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta, quienes en Sala dual o mayoritaria (pues el tercer Magistrado no firmó las providencias por encontrarse ausente algunas veces y en otras salvó su voto), emitieron los 20 fallos en los que accedieron a todas las reclamaciones de los actores, ya al revocar las providencias que negaban el amparo de tutela, confirmar las que lo concedían, y en este último caso, incluir pagos adicionales a los ordenados por el *a quo*. Dichas sentencias causaron a Ecopetrol un detrimiento patrimonial de \$109.472.162.193.

De otra parte, de la misiva electrónica, así como de las copias de las sentencias de primera y segunda instancia en los procesos de tutela objeto de acusación, igualmente se extrae que dicha convergencia de voluntades con fines ilegales se remontó a inicios del año 2010 y se prolongó hasta finales de 2011, es decir, se extendió en el tiempo por casi dos años, lo que evidencia que la asociación tenía una vocación de permanencia en el tiempo.

En efecto, en el correo digital del 14 de febrero de 2011 claramente se hace alusión a que no era la primera vez que se presentaba en la ciudad de Cúcuta una «*oportunidad*» para obtener el reconocimiento y pago de prestaciones laborales, al señalar la necesidad de interponer lo más pronto posible las acciones constitucionales pues según el texto: «*recordemos lo que sucedió con las reclamaciones del incentivo*



al ahorro donde después de un tiempo la empresa “intervino” y la diligencia se hizo más difícil».

Dicha afirmación hace alusión a las providencias T-1828 del 19 de mayo, T-2000 del 9 de septiembre, T-2038 del 2 de noviembre y T-2071 del 9 de diciembre, todas del 2010, y las sentencias T-2080 del 17 de enero y T-2094 del 31 de enero de 2011, emitidas por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta antes de la misiva electrónica (14 de febrero de 2011), en las cuales se reconoció a los accionantes como factor salarial, un *“incentivo al ahorro”* pagado por Ecopetrol, lo que coincide con lo mencionado en el mensaje digital aludido.

Inclusive, de los fallos reseñados se resalta que los identificados con las radicaciones T-1828/10, T-2000/10, T-2038/10, T-2071/10 y 2080/10, fueron impugnados por Ecopetrol, es decir, que dicha empresa intervino y *“dificultó”* el reconocimiento de la prestación aludida, al oponerse a las pretensiones de los accionantes tanto en primera como en segunda instancia, tal y como se advirtió en el correo electrónico analizado, lo que demuestra la veracidad de su contenido, y en consecuencia, que la asociación ilícita inició, por lo menos, desde la presentación de la primera demanda de tutela, es decir, febrero de 2010.

De otra parte, de los elementos materiales probatorios allegados por la Fiscalía se establece que la comunidad delictiva tenía el claro propósito de ejecutar conductas punibles indeterminadas, aunque determinables en su

especie, pues se pretendía favorecer mediante fallos ilegales (prevaricato por acción), a un número indefinido de empleados y extrabajadores de Ecopetrol, que por intermedio de tres apoderados, presentaban acciones de tutela para lograr el reconocimiento y pago de variadas prestaciones sociales, con sus correspondientes desembolsos retroactivos y en un caso con la condena en perjuicios (peculado por apropiación en favor de terceros).

En ese aspecto resulta especialmente revelador el correo electrónico enviado el 14 de febrero de 2011, en el cual se advierte que inicialmente abogados y funcionarios judiciales encaminaron sus voluntades para favorecer a los accionantes para quienes el *«incentivo al ahorro»* no tenía incidencia salarial (fallos T-1828/10, T-2000/10, T-2038/10, T-2071/10 y 2080/10).

Sin embargo, al observar el éxito de dicha estrategia, ampliaron su rango de acción para beneficiar a aquellos que pretendieran pensionarse por un régimen convencional que para la fecha de presentación de la acción de tutela no estaba vigente y frente al cual no habían acreditado los requisitos necesarios (sentencias T-2076/10, T-2077/10, T-2100/11, T-2104/11, T-2105/11, T-2111/11 y T-2113/11), para finalmente abordar acciones constitucionales en que se solicitaban reintegros o reconocimientos de tiempo de personas desvinculadas en legal forma (providencias T-2183/11, T-2193/11 y T-2196/11).

Dicho recuento demuestra entonces que los diferentes miembros de la empresa criminal no se asociaron para emitir un número determinado de fallos respecto de una situación en particular, sino que adaptaron sus objetivos en el tiempo al ampliar el tipo de pretensiones a las que accederían mediante decisiones contrarias a derecho.

En este orden, de las evidencias legalmente recolectadas por la Fiscalía se advierte que los exmagistrados FERNANDO CASTAÑEDA CANTILLO y FÉLIX MARÍA GALVIS RAMÍREZ incurrieron en la conducta punible de concierto para delinquir, no solo al ejecutar los «*delitos fin*» para los que se concertaron (concurso de peculados por apropiación en favor de terceros), sino también al realizar los «*delitos medio*» para alcanzar el referido objetivo (prevaricato por acción, en concurso).

Finalmente, frente a la lesividad de estas conductas, basta con afirmar que un ilegal acuerdo de voluntades como el descrito en los anteriores párrafos, sin duda, genera un peligro efectivo para la seguridad pública, con mayor razón si se tiene en cuenta que los delitos incluidos en el convenio criminal lograron materializarse en 40 ocasiones, lo que dio lugar a la afectación de la administración pública, en especial el patrimonio estatal.

3.2. Prevaricato por acción.

El artículo 413 de la Ley 599 de 2000, con los aumentos de penas incluidos en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, tipifica el prevaricato por acción de la siguiente manera:

El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrá en prisión de 48 a 144 meses, multa de 66,66 a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 80 a 144 meses.

El tipo objetivo contiene un sujeto activo calificado («servidor público»), un verbo rector («proferir») y los ingredientes normativos: «dictamen, resolución o concepto», por un lado, y «manifiestamente contrario a la ley», por el otro.

Respecto del ingrediente normativo referido a la contradicción manifiesta de la decisión con la ley, esta Corporación ha sostenido que dicho presupuesto se configura cuando la argumentación jurídica arroja conclusiones abiertamente opuestas a lo que muestran las pruebas o al derecho bajo el cual debe resolverse el asunto. Sobre el particular, señaló la Corte en providencia de CSJ SP, 20 Ene 2016, Rad 46806, lo siguiente:

En tomo a la contrariedad manifiesta de una decisión con la ley, la Corte en sentencia proferida el 13 de agosto de 2003, radicado 19303^r, consideró:

Esta última expresión, constituye un elemento normativo del tipo penal al cual la jurisprudencia de la Corte se ha referido en forma amplia para concluir, que para que la actuación pueda ser considerada como prevaricadora, debe ser “ostensible y manifiestamente ilegal,” es decir, “violentar de manera inequívoca

^r Pronunciamiento reiterado en SP. 3 jul. 2013, rad. 40226.

*el texto y el sentido de la norma*⁷, dependiendo siempre de su grado de complejidad, pues resulta comprensible que del grado de dificultad para la interpretación de su sentido o para su aplicación dependerá la valoración de lo manifiestamente ilegal, de allí que, ciertamente, no puedan ser tenidas como prevaricadoras, todas aquellas decisiones que se tilden de desacertadas, cuando quiera que estén fundadas "en un concienzudo examen del material probatorio y en el análisis jurídico de las normas aplicables al caso"⁸.

Se concluye, entonces, que para que el acto, la decisión o el concepto del funcionario público sea manifiestamente contrario a la ley, debe reflejar su oposición al mandato jurídico en forma clara y abierta, revelándose objetivamente que es producto del simple capricho, de la mera arbitrariedad, como cuando se advierte por la carencia de sustento fáctico y jurídico, el desconocimiento burdo y mal intencionado del marco normativo.

En similar sentido se pronunció la Sala en sentencia del 23 de febrero de 2006, radicado 23901⁹, al señalar:

La conceptualización de la contrariedad manifiesta de la resolución con la ley hace relación entonces a las decisiones que sin ninguna reflexión o con ellas ofrecen conclusiones opuestas a lo que muestran las pruebas o al derecho bajo el cual debe resolverse el asunto, de tal suerte que el reconocimiento que se haga resulta arbitrario y caprichoso al provenir de una deliberada y mal intencionada voluntad del servidor público por contravenir el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, a propósito del ingrediente normativo «manifiestamente contrario a la ley», éste no solo hace referencia a las normas positivas, sino que incluye la interpretación que de ellas realicen las Altas Cortes, como órganos de unificación de jurisprudencia en su respectiva especialidad. En efecto, esta Corporación señaló sobre el

⁷ CSJ SP, 24 jun. 1986, rad. 406.598, GJ CLXXXV n.º 2424, pág. 438 - 442.

⁸ CSJ SP, 24 jun. 1986, rad. 406.598, GJ CLXXXV n.º 2424, pág. 438 - 442.

⁹ Pronunciamiento reiterado por la Sala en SP 28 feb. 2007, rad. 22185; SP 18 jun. 2008, rad. 29382; SP 22 ago. 2008, rad. 29913; SP 3 jun. 2009, rad. 31118; SP 26 may. 2010, rad. 32363; SP 31 ago. 2012, rad. 35153; SP 10 abr. 2013, rad. 39456; SP 26 feb. 2014, rad. 42775; SP 21 may. 2014, rad. 42275, entre otras providencias.

particular en sentencia CSJ SP, 10 Abr 2013, Rad 39456:

También la aplicación del derecho por parte de su legítimo intérprete (jurisprudencia) es fuente de derecho, al igual que se predica de la Ley. Ello encuentra su razón de ser en que de tiempo atrás se ha aclarado que el artículo 230 de la Constitución Política, cuando refiere que el juez sólo está sometido al imperio de la ley, no alude únicamente a la acepción de ley en su sentido formal, esto es, la expedida por el Congreso, sino a todo el ordenamiento jurídico¹³, en el que se incluyen, por ejemplo, la jurisprudencia, la costumbre, los tratados internacionales, las convenciones colectivas, entre otros.

(...)

En este orden de ideas, en la actualidad es difícilmente sostenible, a pesar de nuestra tradición jurídica de corte legalista, afirmar que la jurisprudencia es apenas un criterio auxiliar de la aplicación del derecho y que carece de cualquier poder normativo. La Corporación insiste, al contrario de lo que afirma el apelante, en que las decisiones de las altas Cortes son fuente formal de derecho, pues crean reglas jurídicas acerca de cómo debe interpretarse el ordenamiento, naturaleza que las dota de fuerza vinculante. esto es, del deber de acatamiento por parte de los jueces, sin que se desconozcan los principios de autonomía e independencia, pues de todas formas, por tratarse de un sistema flexible del precedente, existe la posibilidad de apartarse de éste, más no de cualquier manera, de forma arbitraria y sin ningún esfuerzo dialéctico, sino siempre que se cumpla con la carga argumentativa del modo al que se refiere la sentencia C-086 de 2001.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional sostuvo en sentencia C-335 del 16 de abril del 2008:

Ahora bien, la Corte estima que a efectos de determinar si realmente un servidor público, en un caso concreto, incurrió en el delito de prevaricato por acción por desconocimiento de la jurisprudencia sentada por una Alta Corte la cual comporte, a su vez, una infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general, resultará indicativo examinar si se está en presencia de un manifiesto alejamiento del operador jurídico de una subregla constitucional constante. En efecto, los fallos de reiteración se caracterizan por que la Corte (i) simplemente se limita a reafirmar la vigencia de una subregla

¹³ Sentencia C-836 de 2001

constitucional perfectamente consolidada; (ii) su número resulta ser extremadamente elevado; y (iii) constituyen interpretaciones constantes y uniformes de la Constitución, la ley o un acto administrativo de carácter general, por parte del juez constitucional.

En otras palabras, en los fallos de reiteración la Corte Constitucional ha acordado un sentido claro y unívoco a la “ley”, en los términos del artículo 413 del Código Penal. Situación semejante se presenta en las sentencias de unificación jurisprudencial, en la medida en que la Corte acuerde una determinada interpretación no sólo a una disposición constitucional, sino a normas de carácter legal o a un acto administrativo de carácter general.

En este asunto no es objeto de discusión la calidad de servidores públicos que ostentaban los doctores FERNANDO CASTAÑEDA CANTILLO y FÉLIX MARÍA GALVIS RAMÍREZ cuando profirieron las decisiones cuestionadas (entre el 19 de mayo de 2010 y el 9 de agosto de 2011), período durante el cual desempeñaron el cargo de Magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta, hecho que se halla debidamente probado con las certificaciones expedidas por la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia¹¹.

Tampoco se ha controvertido que los fallos de tutela T-1828/10, T-1836/10, T-2000/10, T-2038/10, 2061/10, T-2071/10, T-2076/10, T-2077/10, T-2080/10, T-2094/10, T-2100/11, T-2104/11, T-2105/11, T-2111/11, T-2113/11, T-2121/11 T-2122/11, T-2183/11, T-2193/11 y T-2196/11 fueran emitidos por los acusados CASTAÑEDA CANTILLO y GALVIS RAMÍREZ en ejercicio de sus funciones como Magistrados.

¹¹ Folio 10 del Anexo 13 (Fernando Castañeda Cantillo) y folio 6, carpeta 18 del CD que contiene los elementos relacionados con Félix María Galvis Ramírez.

Ahora bien, para estudiar si las sentencias de tutela son manifiestamente contrarias a la ley, resulta necesario contextualizar la situación y el momento para el cual se profirieron, de acuerdo con los ejes temáticos que tengan en común.

Así, dentro del primer grupo se encuentran los fallos de tutela que versaron sobre la pretensión de reconocer como factor salarial el «*incentivo al ahorro*», que consistía en una compensación a favor de los directivos de nómina vinculados con anterioridad a la Ley 50 de 1990, para quienes sus cesantías se pagaban con retroactividad. Dicha prestación fue acordada entre Ecopetrol y los beneficiarios mediante acta del 5 de octubre de 2007, en la cual estos últimos aceptaron que no constituiría factor salarial, de acuerdo con el artículo 15 de la norma citada¹².

Sin embargo, los actores pretendían que el juez de tutela dejara sin efectos dicha estipulación, pues consideraban que se encontraban en desigualdad frente a sus compañeros directivos amparados por la mencionada ley, a quienes Ecopetrol les incrementó directamente el salario, ya que sus cesantías no tenían carácter retroactivo (fallos T-1828/10, T-2000/10, T-2038/10, T-2071/10, T-2080/11, T-2094/11, T-2121/11 y T-2122/11).

¹² «*No constituyen salario... los beneficios o auxilios habituales u occasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.*»

En similar sentido varios actores acudieron a la acción de amparo (fallo T-1836/10) para que se les aumentaran sus salarios de los años 2003 a 2006 en el mismo porcentaje del IPC que a los trabajadores no sindicalizados.

En todas las ocasiones la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta, en idénticos términos, sostuvo inicialmente que la acción de tutela era el mecanismo idóneo para discutir de fondo la problemática planteada, pues los actores se encontraban en estado de subordinación frente a Ecopetrol. Además, en dichos casos los mecanismos ordinarios «se tornan inoperantes y poco garantizadores de los derechos fundamentales involucrados», «dada la inminencia de la violación». Así mismo, en las providencias analizadas se sostuvo que no obstante la restricción de la prestación salarial se pactó desde hace varios años, la situación desfavorable de los accionantes es actual, lo que demuestra la inmediatez de la solicitud de amparo.

Igualmente, al resolver de fondo el problema jurídico planteado por los demandantes, en los fallos se expuso que no reconocer a los actores el «incentivo al ahorro» como factor salarial, mientras a otros sí, solo porque a estos últimos no los cobija el régimen de la Ley 50 de 1990, es un trato discriminatorio que vulnera sus derechos fundamentales a la igualdad y movilidad salarial. En consecuencia, en las sentencias se declaró ineficaz la cláusula que le quitó incidencia salarial al «estímulo al ahorro» y emitió varias órdenes de pago.

Por su parte, en la sentencia de tutela T-1836/10 se señaló que Ecopetrol vulneró el derecho a la igualdad de los accionantes, que por el hecho de estar sindicalizados, no recibían un aumento de salario en el mismo porcentaje al contemplado para los beneficiarios del pacto colectivo.

Como segundo eje temático, la Sala conformada por los Magistrados hoy procesados, se ocupó de analizar las acciones constitucionales interpuestas por un grupo de trabajadores de Ecopetrol que pretendía acceder a la pensión de jubilación prevista en el artículo 109 de la Convención Colectiva de la empresa, denominada «*Plan 70*», que exige al trabajador haber cumplido 50 años de edad y 20 de servicios a dicha empresa. Para dicho efecto, solicitaron que se les adicionara el tiempo de trabajo en pozos petroleros entregados por Ecopetrol a terceros, así como extender la vigencia de dicho régimen especial, del 31 de julio de 2010 al año 2014 (parágrafo transitorio 4º del artículo 48 de la Constitución Política).¹³

Así, en los fallos T-2076 y T-2077 de 2010, como en los T-2100, T-2104, T-2105, T-2111 y T-2113 del 2011, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta consideró que la acción era procedente, porque los demandantes son sujetos de especial protección constitucional, en tanto se encuentran en estado de subordinación frente a su empleador Ecopetrol.

¹³ Constitución Política, Art. 48. **“Parágrafo transitorio 4º.** El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014. Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen”

Además, indicó que aunque los actores pueden acudir a la jurisdicción laboral, resulta desproporcionado someterlos a un largo proceso ordinario, para que se les reconozca un derecho pensional que ya está «consolidado», lo que a su vez causaría un perjuicio irremediable porque «se puede estar convalidando a largo plazo la afectación de los derechos fundamentales».

Adicionalmente, específicamente en los fallos T-2105 y T-2113 de 2011, se afirmó que no obstante los accionantes en pretéritas oportunidades presentaron libelos de tutela con identidad de hechos, partes y pretensiones, en los eventos que suscitaron la atención de la Sala, se enunciaron hechos y aportaron pruebas nuevas, lo que descartaba la temeridad de los actores.

Con base en dichas consideraciones, los acusados accedieron a las pretensiones de los actores, para que fuese computado como tiempo de servicios el prestado por el trabajador en pozos petroleros de terceros a quienes Ecopetrol entregó su explotación, al declarar ineficaces actas de conciliación en las que los actores aceptaron voluntariamente jubilarse a una edad mayor a la establecida en el «Plan 70», y extender los efectos de dicho régimen pensional hasta el 31 diciembre de 2014, para que los actores acreditaran los requisitos allí exigidos.

Dentro del tercer eje temático, se encuentran tres fallos de tutela, en los cuales los demandantes solicitaban su reintegro a Ecopetrol; en un caso, por haber sido despedido por su condición de discapacidad (T-2061/10) y en otros dos por

haber sido desvinculados como consecuencia de la declaratoria de ilegalidad de la huelga del año 2004 (T-2183 y T-2193/11). Dentro de dicho grupo se incluye la sentencia T-2196/11, en la cual el actor solicitó los salarios dejados de percibir durante el término que estuvo privado de la libertad por razón de un proceso penal en el que finalmente fue absuelto.

En el primer caso (T-2061/10), los procesados no solo ordenaron el reintegro del trabajador por considerar que fue injustamente despedido debido a su pérdida de capacidad laboral, sino que, mediante auto de adición, condenaron a Ecopetrol al pago de perjuicios materiales y morales, con base en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991.

Por su parte, en otros dos eventos (sentencias T-2183 y 2193/11), los Magistrados señalaron que el Tribunal Superior de Cúcuta sostuvieron que los despidos fueron ilegales, pues según una recomendación de un órgano de control de la OIT, que consideró de carácter vinculante, no resultaba viable desvincular trabajadores como consecuencia de la declaratoria de ilegalidad de una huelga, por lo que se ordenó el reintegro de los accionantes.

Y respecto del último fallo (T-2196/11), los ahora acusados señalaron que no obstante transcurrieron más de seis años desde el reintegro del actor, el derecho a la reliquidación de la pensión es *“imprescriptible”* y al estudiar de fondo el asunto, señalaron que si bien *“no se pretende suplantar al juez ordinario”*, Ecopetrol no podía sustraerse al

pago de salarios, prestaciones y aportes a seguridad social durante el lapso de suspensión del contrato de trabajo.

Las consideraciones plasmadas en los fallos analizados se apartan ostensiblemente de las normas que regulan la acción de tutela en cuanto a actuaciones temerarias, principios de inmediatez y subsidiariedad, así como a la pacífica doctrina sentada por la Corte Constitucional en los referidos temas.

Dentro del primer aspecto (actuaciones temerarias), la Sala advierte que en 3 de los fallos censurados (radicaciones T-2105/11, T-2111/11 y T-2113/11), los magistrados CASTAÑEDA CANTILLO y GALVIS RAMÍREZ, no obstante advirtieron que los actores previamente habían presentado acciones de amparo similares, consideraron que no actuaron con temeridad.

En efecto, en las mencionadas sentencias los magistrados aceptaron que las acciones constitucionales anteriores versaban sobre el mismo núcleo fáctico, pero consideraron que los nuevos libelos no configuraban acciones temerarias, pues se incluyeron pruebas documentales no aportadas previamente y en la providencia T-2105/11, adicionalmente se reprochó que el juez constitucional anterior no se haya pronunciado de fondo respecto de una solicitud de acumulación de tiempo, reiterada en ésta última demanda, lo que en criterio de la Sala, descartaba la existencia de cosa juzgada.

Dichas decisiones desconocieron, no solo el contenido del

artículo 38 del decreto 2591 de 1991, el cual ordena al juez que «cuando, sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes», sino el amplio desarrollo jurisprudencial de la figura jurídica de la «temeridad».

Sobre el particular la Corte Constitucional señaló en el fallo T-1104/08:

La jurisprudencia constitucional ha señalado que la "temeridad" se ha entendido "como la actitud de quien demanda o ejerce el derecho de contradicción a sabiendas de que carece de razones para hacerlo, o asume actitudes dilatorias con el fin de entorpecer el desarrollo ordenado y ágil del proceso."¹⁴

(...)

Ahora bien, para declarar la configuración de la temeridad el juez constitucional debe verificar el cumplimiento de tres requisitos determinantes: (i) que exista identidad en los procesos, lo cual significa que el proceso fallado con antelación y el proceso propuesto al juez tienen una "triple identidad"¹⁵, esto es, en ambos se identifican las mismas partes, la misma solicitud y las mismas razones de dicha solicitud; (ii) que el caso no sea un caso excepcional explícitamente determinado por la ley o la jurisprudencia, como uno que no configura temeridad. Esto es, casos frente a los cuales se ha autorizado la procedencia del proceso propuesto a pesar del fallo anterior con el cual guarda identidad. Y (iii) que de presentarse una demanda de tutela que pretenda ser distinta a una anterior con la que guarda identidad, a partir de una argumentación diferente, se demuestre por parte del juez que el proceso propuesto y la tutela anterior se reducen a unas mismas partes, una misma solicitud y unas mismas razones.

(...)

Con referencia a la verificación de que el caso no configure una excepción al uso temerario de la tutela pese a la presunta triple identidad de los procesos, la Corte ha desarrollado varios criterios.

¹⁴ Sentencia T-327/93.

¹⁵ Sentencia T-919/03.

Se ha sostenido que la declaratoria de improcedencia de la tutela por temeridad debe analizarse desde una perspectiva distinta a la meramente procedural, cuando el ejercicio simultáneo o repetido de la acción de tutela se funda en:... (iii) en la consideración de eventos nuevos que aparecieron con posterioridad a la interposición de la acción o que se omitieron en el trámite de la misma, o cualquier otra situación que no se haya tomado como base para decidir la(s) tutela(s) anterior(es) que implique la necesidad de proteger los derechos fundamentales del demandante¹⁶...

(...) Como se puede observar, la vulneración no alegada o no configurada en el trámite y fallo de la tutela, cuando aparece posteriormente va respaldada por la ocurrencia o consideración de un hecho imposible de descubrir antes. Por ello, si de este nuevo evento se deriva la configuración de una vulneración a los derechos constitucionales de los ciudadanos, no se configura temeridad en la medida en que los supuestos de hecho tienen uno o varios elementos adicionales. La Sala considera pertinente sin embargo, insistir en que no todos los hechos acaecidos o descubiertos en una misma situación de hecho después de un fallo de tutela, permiten la reapertura de la discusión mediante una tutela posterior; sino sólo aquellos que permitan concluir la vulneración de un derecho fundamental.

Doctrina que la Corte Constitucional ha reiterado específicamente en los fallos T-327 y T-919/03, T-149/95, T-566/01, T-458, T-919 y T-707/03, e incluso ratificada en sentencias posteriores, como las T-560 y T-939/09.

Para el presente caso, sobre las sentencias T-2105/11, T-2111/11 y T-2113/11 no existe discusión de que los accionantes ya habían presentado libelos de tutela con anterioridad, pues así lo pone de presente el apoderado José Trinidad Minorta Quintero en cada una de las demandas, lo censuró Ecopetrol en sus respuestas y lo verificó el *ad quem*. Así mismo, tampoco cabe duda de que las tres acciones se

¹⁶ Sentencias T-149/95, T-566/01, T-458 de 2003, T-919/03 y T-707/03.

dirigían inequivocamente contra la Empresa Colombiana de Petróleos.

Respecto a la identidad de hechos y pretensiones, en el fallo T-2105/11 se señala que en dos demandas de tutela presentadas previamente por la actora, se pretendía la contabilización para efectos de la pensión, del tiempo laborado en Hocol S.A. y como consecuencia de lo anterior, reconocerle dicha prestación económica, hechos y pretensiones que coinciden con el libelo que originó la sentencia reprochada.

Por su parte, en los fallos T-2111 y T-2113 de 2011, el Tribunal advirtió que en los procesos de tutela antecedentes, los actores buscaban que se les reconociera la pensión de jubilación bajo el régimen del «*Plan 70*», dejando sin efecto la conciliación que condicionaba el acceso a la prestación hasta los 55 años de edad, pues se encontraba en pleno de desigualdad frente a trabajadores a quienes no se les aplicó dicha restricción, núcleo fáctico y *causa pretendi* idénticos a los que se abocaron en la nueva demanda constitucional.

Ahora bien, para eludir la declaratoria de temeridad, en el fallo T-2105/11 el Tribunal se limitó a relacionar varios documentos que no fueron aportados en los procesos previos, a partir de los cuales lacónicamente concluyó que se demostraba la existencia de «*hechos nuevos*» que no tenían tal calidad. En concreto, relacionó oficios que no demuestran hechos adicionales a los ya alegados y probados en la demanda de tutela inicial, dígase haber trabajado para Hocol S.A. por un tiempo determinado, el cual Ecopetrol se rehúsa a reconocerle



para efectos pensionales. Además, las pruebas novedosas tampoco enervan la razón principal por la cual fue denegado el amparo en la primera oportunidad: la existencia de otro medio de defensa judicial idóneo para proteger los derechos de la actora.

Por su parte, en los fallos T-2111 y T-2113 de 2011, el Tribunal consideró que no se presentaba la figura de la cosa juzgada, porque en el fallo primigenio la acción de tutela fue denegada al no haberse demostrado la edad de los trabajadores que recibieron un trato más beneficioso, hecho que en el nuevo libelo se pretendió probar con la copia de los respectivos registros civiles de nacimiento, documentos que injustificadamente dejaron de incorporar en los libelos anteriores, exigencia que los magistrados se abstuvieron de verificar, pues según la pacífica jurisprudencia de la Corte Constitucional, *«la vulneración no alegada o no configurada en el trámite y fallo de la tutela, cuando aparece posteriormente va respaldada por la ocurrencia o consideración de un hecho imposible de descubrir antes»*.

Así, queda claro que en los fallos cuestionados al Tribunal le estaba vedado estudiar de fondo el asunto, ante la indiscutible existencia de la cosa juzgada, por lo que debieron ser rechazadas, como en efecto dispuso la Corte Constitucional en sentencias T-741 y T-784 de 2011.

En ese orden, es evidente que la argumentación expuesta por los magistrados CASTAÑEDA CANTILLO y GALVIS RAMÍREZ para desconocer la evidente actuación temeraria de

los actores, es claramente acomodaticia y ausente de sustento fáctico, probatorio y jurídico, con el fin de dar apariencia de legalidad a la caprichosa decisión de estudiar de fondo el asunto, pese a la triple identidad de partes, hechos y pretensiones y así poder analizar la controversia y acceder a las pretensiones de los accionantes.

Otro de los aspectos que fueron apreciados en forma abiertamente contraria a derecho por los magistrados FERNANDO CASTAÑEDA CANTILLO y FÉLIX MARÍA GALVIS RAMÍREZ, lo constituye la ausencia del requisito de inmediatez en 12 de los 20 fallos de tutela estudiados.

Sobre dicha arista procesal la Corte Constitucional ha sido enfática en afirmar que la acción de tutela, como mecanismo urgente de protección de derechos fundamentales, no tiene un período de caducidad, pero ello no significa que se pueda interponer en cualquier tiempo, pues el término entre la ocurrencia del hecho objeto de la acción constitucional y la presentación del libelo, debe ser razonable y proporcionado, o en su defecto, justificarse de manera suficiente la razón para dicha inactividad. Sobre el particular, la Corte Constitucional en el fallo T-245 del 25 de abril de 2010, reiteración de las decisiones SU-961/99, T-315/05, T-1112/08 y T-009/10, sostuvo:

Del principio de inmediatez, como claramente lo ha expresado esta Corporación, no se desprende un plazo objetivo para la interposición de la acción de tutela. Sencillamente, surgen los parámetros para determinar si el lapso transcurrido entre la decisión judicial que se controvierte y la interposición de la acción es un término razonable y proporcionado. En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia admitir lo



contrario: “(...) esto es, permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, comportaría sacrificar los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica, ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.”

Y en punto de los reclamos constitucionales relativos al pago de prestaciones sociales o salariales en que el actor ha dejado pasar un prolongado lapso entre la ocurrencia del hecho y la solicitud de amparo, en un caso idéntico al abordado en el fallo T-1836/10 censurado, señaló varias excepciones:

Ahora bien, en lo que concierne a la excepción al principio de inmediatez que dispone la sentencia T-158 de 2006, bajo dos circunstancias específicas: (i) Que se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual. Y (ii) que la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros, esta Sala considera que no se debe aplicar en el caso en concreto, toda vez que los hechos datan del 2003 y aunque los accionantes manifiestan que los derechos fundamentales siguen vulnerados la Sala no encuentra asidero en el tiempo a efectos de aplicar ésta excepción, por el contrario considera que los hechos relevantes de éste caso acaecieron el 31 de marzo de 2004 y el 9 de junio de 2009, fechas en las cuales se resolvió el recurso de anulación contra el laudo arbitral y la segunda fecha que empezó a regir la convención colectiva, sin embargo los aquí accionantes sólo hasta el 2009 decidieron interponer la acción constitucional. (Corte Constitucional, T-279/10, reiteración del fallo T-607/08)

En el caso concreto, en los fallos del Tribunal Superior de Cúcuta, radicaciones T-1828, T-2000, T-2038 y T-2071 del 2010, así como los T-2080, T-2094, T-2121 y T-2122 del 2011,

en los cuales se solicitaba tener como factor salarial el *«incentivo al ahorro»*, la supuesta vulneración data del 5 de octubre de 2007, cuando Ecopetrol y los beneficiarios suscribieron el acta que acordó dicha restricción. Así mismo, en el fallo T-1836/10, los hechos se remontan al período comprendido entre diciembre de 2003 y junio 2006, época en la cual no se les pagó el incremento igual al IPC. En contraste, todas esas acciones constitucionales fueron presentadas entre abril y diciembre de 2010, es decir, entre tres y cuatro años después de acaecidos los sucesos, sin que dicha inactividad tuviera justificación alguna.

Por su parte, en los fallos T-2183 y T-2193 de 2011, el hecho objeto de censura ocurrió el 26 de mayo de 2004, cuando los accionantes acordaron con Ecopetrol que serían indemnizados por su despido, pero no reintegrados, mientras que ambas acciones fueron presentadas en el segundo semestre de 2011, es decir, más de siete años después del momento en que supuestamente inició la afectación a sus derechos fundamentales.

En tanto, respecto de la sentencia T-2196/11, el acta de conciliación mediante la cual se estableció que Ecopetrol se encontraba a paz y salvo con el actor respecto de *«todos y cada uno de los salarios causados hasta la fecha de sus desvinculación»* data del 3 de junio de 2004, mientras que la acción de amparo fue presentada el 10 de junio de 2011, esto es, siete años después.

Dicha ausencia de inmediatez no pasó desapercibida por

la Corte Constitucional en sede de revisión, pues en los fallos T-1048/10, T-1003/10, T-407/11, T-784/11, T-055/12 y T-087/12 evidenció que el prolongado paso del tiempo entre los hechos que causaron la supuesta vulneración en cada caso y la respectiva fecha de presentación de la correspondiente demanda resulta desproporcionado y no tiene justificación alguna.

En este orden, se aprecia sin asomo de duda que las acciones de tutela que originaron los fallos mencionados, se presentaron fuera de un término prudencial y razonable, por lo que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, debía negarse el amparo, consecuencia jurídica de la cual los Magistrados acusados se apartaron de forma caprichosa, en algunas ocasiones sin explicar por qué debía avocarse el conocimiento de la acción, y en otras acudiendo a argumentos acomodaticios como el supuesto carácter actual de la vulneración a garantías fundamentales, cuando en realidad el hecho generador había ocurrido varios años atrás, sin que los actores hubieran manifestado inconformidad alguna al respecto, lo que refleja su abierto desprecio por la jurisprudencia constitucional.

Ahora bien, en lo concerniente a la subsidiariedad de la acción constitucional, prevista en el inciso 3º del artículo 86 de la Carta Política, al disponer que la tutela «*solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable*», la Corte Constitucional ha señalado que, en principio, la acción de tutela no resulta

viable si se advierte la existencia de otros medios de defensa judicial, pero ha permitido su procedencia como mecanismo principal cuando aquellos no son eficaces ni idóneos, o como amparo transitorio, a efectos de evitar un perjuicio irremediable (T-239/08). Así, para la época de la emisión del primer fallo de tutela censurado (T-1828 del 19 de mayo de 2010) la jurisprudencia constitucional vigente tenía establecido:

Para que la acción de tutela sea procedente como mecanismo principal, el demandante debe acreditar que, o no tiene a su disposición otros medios de defensa judicial, o teniéndolos, éstos, no resultan idóneos y eficaces para lograr la protección de los derechos fundamentales presuntamente conculcados. A su turno, el ejercicio del amparo constitucional como mecanismo transitorio de defensa iusfundamental, implica que, aun existiendo medios de protección judicial idóneos y eficaces, estos, ante la necesidad de evitar un perjuicio irremediable, pueden ser desplazados por la acción de tutela. En este caso, esa comprobación, ha dicho la Corte, da lugar a que la acción de tutela se conceda en forma transitoria, hasta tanto la jurisdicción competente resuelve el litigio en forma definitiva.

Al enjuiciar cualquiera de estas posibilidades, es particularmente relevante revisar la situación fáctica que se plantea en el caso concreto, y las específicas condiciones de quien reclama el amparo constitucional. Así, si la persona ostenta la calidad de sujeto de especial protección constitucional o se encuentra en condiciones de debilidad manifiesta, el estudio de procedibilidad se hace menos exigente.

En este sentido, la Corte en sentencia T-651 de 2009 expresó:

"En relación con este requisito, de manera reiterada, la Corte ha considerado que la condición de sujeto de especial protección constitucional -especialmente en el caso de las personas de la tercera edad (Art. 46 C.P.), los discapacitados (Art. 47 C.P.) y las mujeres cabeza de familia (Art. 43 C.P.)-, así como la circunstancia de debilidad manifiesta en la que se encuentre el accionante, permiten presumir que los medios ordinarios de defensa judicial no son idóneos...". (T-235 del 26 de marzo de 2010, como

reiteración de las sentencias T-225/93, SU-544/01, T-1316/01, T-983/01, T-607/07, T-668/07, T-681/08, T-702/08 y T-786/08).

En 19 de los 20 fallos cuestionados, si bien los procesados CASTAÑEDA CANTILLO y GALVIS RAMÍREZ, se refirieron al mencionado requisito de subsidiariedad para conceder el amparo solicitado, lo cierto es que su argumentación dista mucho de la realidad y carece de sustento válido.

En efecto, en las sentencias T-1828, T-1836, T-2000, T-2038, T-2071, T-2076, T-2077, T-2080 y T- 2094 de 2010, así como en los T-2100, T-2104, T-2105, T-2111, T-2113, T-2121 y T-2122 de 2011, los acusados adujeron que los actores podrían sufrir un perjuicio irremediable, toda vez que los accionantes tienen derecho a la pensión de jubilación, por lo que acudir a la justicia ordinaria para solicitar su reconocimiento afectaría sus garantías fundamentales. Además, porque los actores estaban en condición de subordinación frente al demandado.

Dicha argumentación resulta aparente, puesto que, establecer *a priori* si el actor tiene derecho a la prestación social no tiene relación con la subsidiariedad de la acción de amparo, ya que dicho requisito exige verificar si los medios alternativos de defensa judicial no resultan idóneos ni eficaces, estudio que los acusados soslayaron en aquellos casos.

Igual situación ocurre con el segundo motivo expuesto en las providencias censuradas, en tanto la sola subordinación

laboral no convierte *per se* al demandante en un sujeto de especial protección constitucional, pues se llegaría al absurdo de tener que resolver de fondo toda acción de tutela que un empleado presente en contra de su patrono, aun cuando dicho escenario no sea el apropiado para discutir la controversia.

Frente a al fallo T-2193 de 2011, los acusados señalaron que «*no existe medio judicial alguno que permita exigirle a los órganos integrantes del Estado el cumplimiento de las recomendaciones*» de un órgano de control de la OIT, razonamiento claramente contrario a nuestro sistema jurídico, pues por mandato del artículo 230 de la Carta Política «*los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley*», de la cual hacen parte, por vía del inciso 4º del artículo 93 *ídem*, «*los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados*», normas reiteradas en el artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo al señalar que son normas de aplicación supletoria «*los Convenios y Recomendaciones adoptados por la Organización y las Conferencias Internacionales del Trabajo*». Es decir, que la jurisdicción laboral se encontraba habilitada para estudiar el asunto a la luz de las normas invocadas en las demandas de tutela.

Además, en los 19 fallos de tutela mencionados, los doctores FERNANDO CASTAÑEDA CANTILLO y FÉLIX MARÍA GALVIS RAMÍREZ desconocieron de manera caprichosa que los actores habían demandado sus prestaciones ante la jurisdicción ordinaria laboral, asunto que estaba pendiente de su resolución, que no eran personas de la tercera edad ya que se hallaban entre 46 y 56 años, aunado a que todos reciben un



ingreso mensual fijo, ya sea por concepto del salario derivado de su vinculación laboral con Ecopetrol, o en virtud de una mesada pensional por cuenta de la misma empresa, es decir, no se encontraban en condición de debilidad manifiesta ni estaba amenazado su derecho al mínimo vital.

Adicionalmente, en los fallos T-2183 y T-2196 de 2011 los accionantes solicitaban su reintegro luego de 7 y 9 años de su despido, respectivamente, lo que claramente demuestra que si en dicho lapso no solicitaron el amparo de sus derechos fundamentales es porque no sufrieron ninguna afectación a su derecho al mínimo vital, que requiriera la urgente intervención del juez de tutela, al punto que en la última sentencia citada, los procesados ni siquiera estudiaron el requisito de subsidiariedad de la acción constitucional.

Tales actuaciones contrarias a derecho, incluso fueron advertidas y puestas de presente por la Corte Constitucional en sentencias T-1003/10, T-1048/10, en las T-467, T-536, T-589, T-595, T-607, T-718, T-741 y T-784 de 2011 y en las T-055 y T-087 de 2012.

En consecuencia, en 19 de los 20 fallos objeto de juzgamiento, los actores tenían a su disposición la jurisdicción ordinaria laboral para exponer sus pretensiones, la cual resultaba idónea y eficaz para la defensa de los derechos que consideraban vulnerados y a sabiendas de ello, los acusados prefirieron desplazar al juez natural, para arrogarse la facultad de resolver de fondo el asunto, con el fin de beneficiar ilegalmente a los accionantes.

Situación diferente se presentó en la emisión del fallo T-2061/10, en la que el Tribunal revocó la sentencia de primera instancia y amparó los derechos fundamentales de un trabajador despedido sin permiso del Ministerio del Trabajo, no obstante encontrarse en situación de discapacidad, para ordenar su reintegro, así como pagarle salarios y prestaciones dejados de percibir. En esa decisión, según la Corte Constitucional (sentencia de revisión T-529/11), la acción de tutela resultaba procedente para la protección de los derechos fundamentales y se probó que la entidad accionada vulneró las garantías constitucionales del trabajador.

Sin embargo, la actuación contraria a la ley se presentó dentro de dicho asunto, cuando el Tribunal resolvió una solicitud de adición de la providencia, presentada por el accionante, quien demandaba la condena en perjuicios prevista en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, norma que prevé:

*Cuando el afectado **no disponga de otro medio judicial**, y la violación del derecho sea manifiesta y consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria, además de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, en el fallo que conceda la tutela el juez, de oficio, tiene la potestad de ordenar en abstracto **la indemnización del daño emergente causado si ello fuere necesario para asegurar el goce efectivo del derecho** así como el pago de las costas del proceso. (Negrillas fuera del texto).*

Así, mediante auto de adición del 10 de diciembre de 2010, los acusados accedieron a la pretensión del demandante y ordenaron a Ecopetrol el pago de perjuicios morales y materiales, este último en sus dos aristas de daño emergente

y lucro cesante. Para ello expusieron, entre otras razones, que el accionante no contaba con otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz, pues la jurisdicción laboral no es el procedimiento más expedito para obtener el goce efectivo de sus derechos fundamentales.

Sobre la figura jurídica de la indemnización en abstracto, la Corte Constitucional en sentencia reiterativa del principio T-458 del 15 de junio de 2010¹⁷, explicó las reglas que permiten declarar dicha condena en perjuicios, en los siguientes términos:

... (iii) solo procede cuando no existe otra vía judicial para el resarcimiento del perjuicio, por lo cual, en todo caso, no es procedente cuando se concede la acción de tutela como mecanismo transitorio; (iv) no es suficiente la violación o amenaza del derecho sino que es necesario que esta sea evidente y consecuencia de la acción clara e indiscutiblemente arbitraria del accionado; (v) debe ser necesaria para asegurar el goce efectivo del derecho del tutelante; (vi) se debe garantizar el debido proceso al accionado; y (vii) sólo cobija el daño emergente, esto es, el perjuicio y no la ganancia o provecho que deja de reportarse; (viii) si el juez de tutela, fundado en la viabilidad de la condena 'in genere' accede a decretarla. 'debe establecer con precisión en qué consistió el perjuicio; cuál es la razón para que su resarcimiento se estime indispensable para el goce efectivo del derecho fundamental; cuál es el hecho o acto que dio lugar al perjuicio; cuál la relación de causalidad entre la acción del agente y el daño causado y cuáles serán las bases que habrá de tener en cuenta la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo o el juez competente, según que se trate de condenas contra la administración o contra particulares, para efectuar la correspondiente liquidación'. (Negrillas fuera del texto).

En el caso concreto de la adición del fallo T-2061/10, la argumentación expuesta por los acusados se aparta de la

¹⁷ Dicho fallo reiteró los fundamentos expuestos previamente en las sentencias T-299/09, T-495/09, T-439/09, T-1090/05, T-036/02, T-673/00, T-465/99, T-170/99, T-408/98, T-649/96, T-401/96, SU-256/96, T-171/95 y T-095/94.

jurisprudencia constitucional para la procedencia de la mencionada condena en perjuicios, puesto que el Tribunal Superior de Cúcuta, al ordenar el reintegro del trabajador, el pago de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, junto con la indemnización por despido injusto equivalente a 180 días de sueldo, garantizó el goce efectivo del derecho y en ese orden, se tornaba improcedente la condena *in genere* adicional, al punto que los Magistrados se abstuvieron de explicar las razones para considerar que las órdenes impartidas eran insuficientes para garantizar el completo resarcimiento al actor.

Como consecuencia de lo anterior, el accionante no se encontraba en una situación apremiante que obligara a una pronta indemnización de perjuicios y al contrario, estaba en capacidad de acudir a la jurisdicción laboral para exigir su pago, pues mientras éste se resolvía podría seguir laborando para la empresa en virtud del reintegro ordenado en el fallo de segundo grado y confirmado en sede de revisión.

Aunado a lo anterior, los Magistrados acusados actuaron de forma abiertamente contraria al artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, el cual claramente establece que el juez solo «tiene la potestad de ordenar en abstracto la indemnización del daño emergente», límite que excedió ostensiblemente el Tribunal Superior al ordenar a Ecopetrol al pago *in genere* del lucro cesante y los daños morales derivados de su actuación.

Ahora bien, acreditado el elemento objetivo del prevaricato por acción, ya que en todos los fallos censurados

los Magistrados se apartaron manifiestamente de la ley y la jurisprudencia aplicable a cada caso, se procede a estudiar la tipicidad subjetiva del delito.

De los medios de convicción aportados, surge evidente que el proceder de CASTAÑEDA CANTILLO y GALVIS RAMÍREZ al acceder a las pretensiones de los accionantes, pese a que ya se había presentado el fenómeno de la cosa juzgada, no se acreditaba el principio de inmediatez o los actores contaban con otros medios de defensa judicial, y en un caso, al ordenar una indemnización de perjuicios abiertamente improcedente, no fue producto de la casual inobservancia de las normas y la prolífica jurisprudencia constitucional sobre cada tema, sino de la deliberada voluntad de apartarse del ordenamiento jurídico, con el fin de beneficiar ilícitamente a los demandantes, acorde con los objetivos trazados por la empresa criminal de la que hacían parte.

En primer término, porque según el correo electrónico del 14 de febrero de 2011, se hizo énfasis en que las demandas de tutela serían presentadas a través del abogado Minorta Quintero, exclusivamente en la ciudad de Cúcuta, donde se habían *“realizado gestiones”* para asegurar su éxito, de lo cual se deriva la existencia de un acuerdo previo entre abogados litigantes y los hoy enjuiciados para favorecer con sus fallos ilegales a empleados y extrabajadores de Ecopetrol de todo el territorio nacional.

Dicha circunstancia explica aún más lo ocurrido al interior de cada uno de los procesos de tutela, en los cuales los

magistrados CASTAÑEDA CANTILLO y GALVIS RAMÍREZ se arrogaron la facultad de conocer las acciones constitucionales en segunda instancia, con el claro conocimiento de que los actores, a excepción de la tutela T-2196/11, no laboraron ni residían en la ciudad de Cúcuta, pues los servicios se prestaron en Barrancabermeja y Bogotá, mientras que de los poderes otorgados a los abogados se desprende que los demandantes se domiciliaban en Bogotá, Bucaramanga, Barrancabermeja, Barranquilla y Cartagena, entre otros lugares, es decir que, ni la supuesta violación a derechos fundamentales, ni los efectos de la misma se produjeron en Cúcuta, aspectos que evidencian la voluntad positiva de actuar contrario a la ley.

Adicionalmente, a partir de las providencias objeto de juzgamiento se advierte que los Magistrados, para darles apariencia de legalidad a sus decisiones, citaban de forma descontextualizada y acomodaticia fragmentos de sentencias de la Corte Constitucional, que si bien hacían alusión a los temas abordados, eran inaplicables a cada caso concreto, por cuanto dichos pronunciamientos analizaban situaciones fácticas diametralmente distintas a las expuestas por los accionantes.

Así mismo, se advierte claramente que los acusados actuaron con la clara conciencia de actuar contrario a derecho, al ignorar y desestimar hechos oportunamente informados por Ecopetrol bajo la gravedad de juramento en el traslado de las demandas de tutela (artículo 19 del Decreto 2591 de 1991), como en los escritos de impugnación, para

imponer su propia realidad fáctica y jurídica.

En efecto, la entidad demandada informó en sus respuestas que (i) ninguno de los accionantes laboró en Cúcuta; (ii) todos los demandantes trabajaban para Ecopetrol o se encontraban pensionados; (iii) que en los casos en que se pretendía el reintegro, los actores fueron despedidos por una justa causa, debido a la declaratoria de ilegalidad de la huelga y luego de respetárseles el debido proceso; (iv) en algunos procesos ya se habían presentado acciones constitucionales previas con identidad de partes, hechos y pretensiones, y (v) transcurrieron entre 4 y 7 años desde la fecha del hecho que originó la supuesta vulneración a derechos. Por su parte, el magistrado disidente, además de apartarse de las decisiones mayoritarias por idénticas razones, agregó que los accionantes contaban con la jurisdicción ordinaria como mecanismo idóneo y eficaz para exigir el reconocimiento de sus pretensiones.

En contraste los acusados, sin consideración alguna a dichos reproches, ordenaron reconocimientos pensionales, reintegros e inclusión de factores salariales, sin soporte probatorio alguno que desvirtuara los hechos informados por la entidad accionada, o que acreditara la afectación al mínimo vital de los demandantes o justificara la tardanza de varios años en la no presentación de la acción de tutela.

Además, no puede pasar desapercibido que dichas decisiones arbitrarias fueron proferidas por abogados con amplia experiencia como funcionarios en la Rama Judicial,

pues mientras FERNANDO CASTAÑEDA CASTILLO fungió como juez desde el año 1995 y pasó a ser magistrado de tribunal superior desde el año 2007, FÉLIX MARÍA GALVIS RAMÍREZ ha ocupado este último cargo en propiedad desde 1997, lo cual permite inferir que para el año 2010, y con mayor razón para el 2011, conocían suficientemente el procedimiento de tutela, en especial sus requisitos generales de procedibilidad, por hacer parte de sus funciones por expresa atribución constitucional y legal.

Corolario de lo anterior, la aceptación unilateral de responsabilidad de FERNANDO CASTAÑEDA CANTILLO y FÉLIX MARÍA GALVIS RAMÍREZ encuentra respaldo en las pruebas analizadas, que demuestran la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del delito de prevaricato por acción en cada uno de los 20 fallos objeto de acusación.

3.3. Peculado por apropiación en favor de terceros.

Dicho tipo penal se encuentra previsto en el artículo 397 de la Ley 599 de 2000, así:

El servidor público que se apropié en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o ocasión de sus funciones, incurrirá en pena de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta la mitad.

La pena de multa no superará los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena será de cuatro (4) a diez (10) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente al valor de lo apropiado”.

Para la configuración del delito en mención, es necesario que concurra en el agente la calidad de servidor público, que tenga la potestad, material o jurídica, de administración, tenencia o custodia de los bienes en razón de las funciones que desempeña y finalmente, que el acto de apropiación sea en provecho propio o a favor de un tercero, lo que lesiona el bien jurídico de la administración pública, en tanto representa un detrimento injustificado del patrimonio estatal.

En este caso, la adecuación típica del delito de peculado por apropiación a favor de terceros en su aspecto objetivo surge en razón a que en su condición de Magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta, FERNANDO CASTAÑEDA CANTILLO y FÉLIX MARÍA GALVIS RAMÍREZ dispusieron jurídicamente del patrimonio de Ecopetrol, empresa de economía mixta del orden nacional¹⁸, al proferir 20 fallos de tutela dirigidos a que 542 trabajadores y empleados de dicha empresa se apropiaran del dinero producto de las órdenes de pago impartidas a la compañía petrolera.

¹⁸ Según el certificado de existencia y representación legal otorgado por Cámara de Comercio de Bogotá, F.I., C.14.

Sobre el alcance de la disposición jurídica que se exige en tal conducta delictiva, la Corte ha señalado:

En el entendido de que la relación que debe existir entre el funcionario que es sujeto activo de la conducta de peculado por apropiación y los bienes oficiales puede no ser material sino jurídica y que esa disponibilidad no necesariamente deriva de una asignación de competencias, sino que basta que esté vinculada al ejercicio de un deber funcional, forzoso es concluir que ese vínculo surge entre un juez y los bienes oficiales respecto de los cuales adopta decisiones, en la medida en que con ese proceder también está administrándolos. Tanto es así que en sentencias judiciales como las proferidas por el implicado en los procesos laborales que trámite ilegalmente, dispuso de su titularidad, de manera que sumas de dinero que estaban en cabeza de la Nación.... pasaron al patrimonio de los extrabajadores de la Empresa... siendo indiscutible que el acto de administración de mayor envergadura es aquel con el cual se afecta el derecho de dominio." (CSJ SP, 6 mar. 2003, rad. 18021). (Negrillas fuera del texto original).

En esas condiciones, se advierte que la competencia funcional de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta en sede de tutela, al avocar el conocimiento de los procesos, le confirió a los acusados la disponibilidad jurídica del dinero de Ecopetrol que los actores pretendían les fuera pagado a través de las demandas constitucionales, de manera que la apropiación de tales bienes a favor de terceros, se produjo por razón de las funciones oficiales que cumplían los procesados. Así, al concurrir todos los ingredientes objetivos del tipo penal, se debe concluir que la extracción de dineros de la empresa estatal estructuró el delito de peculado por apropiación.

Ahora bien, los fallos de tutela contrarios a la ley y a la pacífica jurisprudencia constitucional, fueron proferidos por

los acusados con pleno conocimiento de su ilicitud y con la voluntad de actuar contrario a derecho, con el fin esquilmar las arcas de Ecopetrol, pues la argumentación falaz contenida en las sentencias claramente se dirigía a justificar las órdenes de pago a favor de los accionantes, por un valor cercano a los \$109.472.162.193.

Para demostrar dicho objetivo, basta reiterar que los acusados asumieron el conocimiento de las acciones de tutela, no obstante que en ese lugar no ocurrió la supuesta violación de derechos fundamentales, ni irradiaron sus efectos, para luego, mediante interpretaciones jurisprudenciales acomodadas y consideraciones sin soporte fáctico, pasar por alto los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela, definir de fondo el asunto y ordenar multimillonarios pagos a cargo de Ecopetrol, lo que acredita el ingrediente subjetivo del peculado por apropiación en favor de terceros.

Ahora bien, frente al momento consumativo del tipo penal estudiado, esta Corte ha señalado que en los eventos en que el agente tiene la disponibilidad jurídica del bien, dicha conducta se perfecciona solo cuando se produce la apropiación patrimonial, como consecuencia de la decisión judicial ilícita. En efecto, la Sala ha sostenido:

Está suficientemente decantado por la doctrina y la jurisprudencia que el delito de peculado por apropiación es de carácter instantáneo, por manera que se consuma cuando quiera que el bien público es objeto de un acto externo de disposición o de incorporación al patrimonio del servidor público o de un tercero, que evidencia el ánimo de apropiárselo¹⁹.

¹⁹ CSJ AP. 18 abr. 2012, rad. 38188

Tal premisa no ofrece mayores dificultades en aquellos eventos en que el acto de apropiación es consecuencia de la disponibilidad material de los recursos. No sucede lo mismo cuando el sujeto activo no detenta una relación tangible con estos, sino que la posibilidad de apropiación depende de su disponibilidad jurídica, del ejercicio de un deber funcional²⁰ que faculta al servidor público para decidir sobre el destino de los bienes o recursos de la misma naturaleza.

Esta es la situación predictable de los funcionarios judiciales, en la medida en que ostentan un vínculo con los bienes públicos respecto de los cuales adoptan decisiones, que les permite disponer de ellos a través de providencias vinculantes para las partes e investidas de la presunción de acierto y legalidad. Por ello, ha sostenido la Sala, cuando quiera que se apartan de su cometido legal y constitucional, para otorgar ilegítimamente a particulares derechos sobre bienes públicos, actualizan el tipo de peculado por apropiación.

No obstante, ello no puede llevar al extremo de afirmar, como se deduce en el fallo impugnado con sustento en pretérita decisión de esta Corporación²¹, que el delito se consuma por la sola razón de las funciones oficiales, pues, sin perjuicio de que no se precise para su estructuración la producción de un resultado, sí exige la acción de apropiarse²² del patrimonio público, ya sea directamente o a través de un acto de disposición jurídica que se materialice sobre aquél.

En otras palabras, se requiere que esa facultad legal de disposición, derivada -esta si- de las funciones atribuidas al funcionario judicial y que le permite ordenar la entrega o pago de rubros de naturaleza pública, "se traduzca en el cumplimiento de la decisión, que puede operar en momento más o menos cercano a su expedición, o diferirse en el tiempo de conformidad con la naturaleza de lo ordenado"²³.

Ahora bien; hay asuntos en los que el momento consumativo de la conducta punible se identifica con el de proferimiento de la decisión judicial, como cuando esta por sí sola "sustrae el bien o bienes de la órbita de custodia del Estado con el ánimo de hacerlos propios o

²⁰ CSJ SP, 6 mar. 2003, rad. 18021

²¹ Se trata de la providencia SP, 6 mar. 2013, rad. 18021, en la cual la Sala afirmó la consumación de la conducta punible de peculado por apropiación por razón de las funciones oficiales que cumplía el procesado, en contraposición a la posible estructuración de un delito de estafa.

²² "tomar para si alguna cosa, haciéndose dueño de ella, por la comisión de propia autoridad". Diccionario Usual. Real Academia Española

²³ CSJ, SP, 20 feb. 2013, Rad. 39353. También CSJ, SP, 2 jul. 2014, Rad. 39356.

de que un tercero lo haga”⁴³. No así cuando la realización de la conducta prohibida es producto de un acto complejo en el que converge la voluntad del juez que ilegalmente ordena el pago de lo no debido, pues en estos casos, la consumación acaece cuando ese acto de disposición jurídica se concreta en acciones que distraen el bien del patrimonio del Estado, despojándolo así de su función pública.

El delito, como expresión del comportamiento humano, requiere para su consumación la ejecución de todos los actos propios de la descripción típica. En este orden, la emisión de una decisión contraria a derecho que reconoce ilegalmente una acreencia a cargo del Estado constituye un acto ejecutivo que da inicio a la conducta desvalorada de peculado, pero no la colma. En consecuencia, si el fallo no se concreta en actos materiales de disposición sobre el erario, la conducta se queda en su fase tentada por ausencia de uno de los elementos esenciales del peculado por apropiación: el adueñarse para sí o para otro de bienes de naturaleza pública. (CSJ SP, 28 jun. 2017, rad. 49020).

Así las cosas, se tiene que en los 20 peculados imputados por la Fiscalía, la apropiación de los recursos del Estado se materializó con los pagos emitidos por Ecopetrol, ya que de las certificaciones de pagos emitidas por dicha empresa se desprende que como consecuencia de las órdenes impartidas en cada una de las sentencias de tutela, la entidad desembolsó varias cuantías que suman cerca de \$109.472.162.193, es decir, que la conducta ilícita de los magistrados trascendió a la simple disposición jurídica de dichos recursos, para consumarse a través de la efectiva sustracción de los dineros del Estado por parte de terceros.

Ahora bien, no todas las apropiaciones tuvieron la misma cuantía, pues teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente para los años 2010 y 2011, según el caso: (i)

⁴³ CSJ SP, 10 oct. 2012, rad. 38.396.

unas excedieron los 200 s.m.l.m.v. y serían agravadas en virtud del inciso 2º del artículo 397 del Código Penal, mientras que otras, (ii) sin exceder de aquel tope, superaron los 50 s.m.l.m.v. (inciso 1º *idem*), a su vez que las restantes (iii) fueron inferiores a este último límite (inciso 3º *idem*). Así, se hace necesario discriminar los valores pagados en los fallos judiciales, con el fin de ubicarlos en su respectivo supuesto normativo.

Según el Decreto 5053 del 30 de diciembre de 2009, el salario mínimo legal mensual vigente para el año 2010 se fijó en \$515.000. Por su parte, el Decreto 033 del 11 de enero de 2011 estableció para ese año el mismo rubro en \$535.600.

Bajo estos parámetros, al corroborar cada una de las certificaciones de pagos emitidas por Ecopetrol, esta desembolsó en cada uno de 12 fallos²⁵, entre \$107.394.120 y \$68.774.423.327, cuantías que exceden los 200 s.m.l.m.v., que para los años 2010 y 2011 correspondían a \$103.000.000 y \$107.120.000, respectivamente (inciso 2º del artículo 397 de la Ley 599 de 2000).

Ahora bien, a partir de las reseñadas constancias, se extrae que con las órdenes emitidas en otras 6 sentencias²⁶, Ecopetrol fue obligada a pagar en cada evento, entre

²⁵ Se refiere a las sentencias T 1828 del 29 de mayo de 2010, T 1836 del 4 de junio de 2010, T 2000 del 9 de septiembre de 2010, T-2061 del 7 de diciembre de 2010, T 2071 del 9 de diciembre de 2010, T 2080 del 17 de enero de 2011, T-2100 del 10 de febrero de 2011, T-2113 del 28 de febrero de 2011, T 2121 del 17 de marzo de 2011, T-2183 del 11 de julio de 2011, T 2193 del 9 de agosto de 2011 y T-2196 del 2 de agosto de 2011.

²⁶ Radicaciones T 2038 del 2 de noviembre de 2010, T-2076 del 17 de enero de 2011, T-2104 del 15 de febrero de 2011, T-2105 del 17 de febrero de 2011, T-2111 del 28 de febrero de 2011 y T-2122 del 17 de marzo de 2011.

\$37.576.042 y \$88.969.269, sumas que superan los 50 s.m.l.m.v., que para los años 2010 y 2011 equivalían a \$25.750.000 y 26.780.000, en su orden, sin exceder de los 200 s.m.l.m.v. (inciso 1º *ídem*).

Por su parte, en los otros dos fallos, el T-2094 del 31 de enero de 2011, el pago ascendió a \$23.798.298, monto que no supera los 50 s.m.l.m.v. para el año 2011 (inciso 3º *ídem*), y el T-2077 del 18 de enero de 2011, aunque de la respectiva certificación de pago²⁷ se extrae que Ecopetrol desembolsó \$42.957.494, la Fiscalía solo imputó fácticamente una apropiación de \$6.031.286²⁸, aceptada por los acusados, referente a partir del cual lo defraudado en este evento no habría excedido de los 50 s.m.l.m.v.

3.4. Conclusión

Como se dijo en apartes precedentes, el estudio de los elementos de convicción allegados al expediente demuestra que los Magistrados FERNANDO CASTAÑEDA CANTILLO y FÉLIX MARÍA GALVIS RAMÍREZ se asociaron con varios abogados litigantes y otros jueces de la República para defraudar patrimonialmente a Ecopetrol y con ello beneficiar a varios de sus empleados y ex trabajadores, mediante la emisión de fallos de tutela abiertamente ilegales, conductas que se adecúan a los delitos de concierto para delinquir,

²⁷ Folio 85 del documento electrónico -(5) T-58911 img20170922-, incluido en el disco compacto -elementos de convicción Félix María Galvis Ramírez- que contiene la digitalización de los elementos materiales probatorios.

²⁸ Como se desprende de los escritos de acusación, numeral 14 de los folios 9 y 72, cuaderno de juzgamiento.

prevaricato por acción y peculado por apropiación en favor de terceros, imputados por la Fiscalía.

Así mismo, los elementos materiales probatorios acreditan que los acusados obraron dolosamente al ejecutar los mencionados comportamientos, en tanto sus calidades profesionales indican que tenían el pleno conocimiento de la inviabilidad de ordenar el pago de prestaciones económicas o indemnizaciones a través de acciones de tutela, pues su reconocimiento debía ser debatido ante la jurisdicción ordinaria, es decir, sabían que no podían poner a disposición de los demandantes la función jurisdiccional que ostentaban, para favorecerlos ilegalmente.

Además, esas mismas condiciones permiten evidenciar que comprendían perfectamente las funciones y deberes que propios de su cargo, así como la obligatoriedad de su observancia o cumplimiento, dada su larga trayectoria, no solo como funcionarios en la Rama Judicial, sino específicamente como Magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta.

Los procesados contaban con la capacidad para comprender la ilicitud de los comportamientos delictivos referidos. Por lo tanto, eran capaces de determinarse bajo ese conocimiento, resultándoles exigible que actuaran conforme a derecho. Sin embargo, optaron por transgredir el ordenamiento legal.

Como corolario, las anteriores consideraciones, aunadas a la aceptación unilateral de cargos que de manera informada, voluntaria, libre, consciente, espontánea, incondicional y exenta de vicios esenciales del consentimiento efectuaron los procesados, permite arribar al convencimiento más allá de toda duda razonable, sobre la ocurrencia de las conductas delictivas atribuidas y la responsabilidad de FERNANDO CASTAÑEDA CANTILLO y FÉLIX MARÍA GALVIS RAMÍREZ en su ejecución, a título de coautores, lo que conlleva a proferir en su contra sentencia condenatoria, con la consecuente imposición de las sanciones penales correspondientes.

4. Individualización de la pena.

Tal como quedó especificado, se procede por los delitos de concierto para delinquir, el concurso de peculados por apropiación en favor de terceros, simples y agravados, así como el concurso de prevaricatos por acción, a que se refieren los artículos 340, 397 y 413 de la Ley 599 de 2000, en su orden, modificados por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

4.1. Peculado por apropiación

En el presente caso, lo defraudado en cada uno de los 12 fallos de tutela T-1828, T-1836, T-2000, T-2061 y T-2071/10, y T-2080, T-2100, T-2113, T-2121, T-2183, T-2193 y T-2196/11 osciló entre \$107.394.120 y \$68.774.423.327, siendo este último valor el correspondiente al ordenado



mediante la sentencia T-2000/10, circunstancia que encuadra cada una de esas conductas en las previsiones del artículo 397 inciso 2º del Código Penal, ya que los montos superan los 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes para los años 2010 y 2011.

Dicho tipo penal, en su forma simple, prevé una sanción privativa de la libertad de 96 a 270 meses de prisión y multa en cuantía igual al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a 50.000 salarios mínimos mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso. Sin embargo, el máximo de la pena de prisión debe aumentarse en la mitad, en virtud del inciso 2º *idem*, para unos nuevos límites de 96 a 405 meses, que constituye el ámbito punitivo de movilidad.

Así, de acuerdo con el inciso 1º del artículo 61 de la Ley 599 de 2000, el primer cuarto va de 96 meses a 173 meses y 7 días; los dos cuartos medios de 173 meses y 8 días hasta 327 meses y 22 días, mientras que el cuarto máximo queda entre 327 meses y 23 días y 405 meses.

Para establecer el cuarto o cuartos en los que se individualizará la sanción, de acuerdo con los parámetros del inciso 2º *idem*, a favor de los procesados obra la circunstancia de menor punibilidad del artículo 55-1 del Código Penal (carencia de antecedentes penales). Adicionalmente, en las respectivas audiencias preliminares la Fiscalía imputó la circunstancia de mayor punibilidad del artículo 58-9 *idem* (posición distinguida del sentenciado en

la sociedad por su cargo), aceptada libre y voluntariamente por los acusados. Por tanto, la determinación de la pena se ubica en los cuartos medios, es decir, de 173 meses y 8 días hasta 327 meses y 22 días.

A partir de esos límites punitivos, corresponde evaluar en concreto los presupuestos del inciso 3º del artículo 61 de la Ley 599 de 2000, para determinar la pena aplicable a los procesados con ocasión de cada uno de los 12 delitos de peculado por apropiación agravados cuya comisión se les reprocha. Es decir, la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño potencial o real creado, la naturaleza de las causales de agravación o atenuación, la intensidad del dolo, la necesidad de la pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.

Así las cosas, frente a los intereses tutelados en la disposición penal infringida por FERNANDO CASTAÑEDA CANTILLO y FÉLIX MARÍA GALVIS RAMÍREZ, su gravedad resulta indudable, en la medida que éstos defraudaron ostensiblemente las expectativas y la confianza que la sociedad había depositado en ellos como administradores de justicia, al aprovecharse de su autoridad judicial para favorecer intereses de terceros ajenos a la función pública al emitir órdenes con el fin de defraudar al Estado, causando grave deterioro a las finanzas públicas.

Agréguese además, que la magnitud dolosa del comportamiento se ve reflejada con mayor énfasis en el grado de planeación y preparación previa a la emisión de cada uno

de los 12 fallos de tutela, pues recuérdese que para conseguir el fin propuesto, los abogados litigantes convocaron a un gran número de actores con pretensiones en común, con el objetivo de presentar las acciones constitucionales en Cúcuta, donde ya se había acordado con los acusados que accederían a las pretensiones de los demandantes, para luego esperar a que el respectivo proceso arribara a la Sala Laboral del Tribunal Superior de esa ciudad, donde emitieron las ilegales órdenes de pago.

Del mismo modo, el desmedro patrimonial en casos como este resulta particularmente lesivo y afecta de manera grave a una empresa de economía mixta, pues los recursos defraudados pudieron haber sido utilizados para sus gastos operativos, expandir su actividad económica o en proyectos de inversión social y planeación territorial, en beneficio de las comunidades menos favorecidas.

Atendiendo dichos factores, la Sala no encuentra razonable establecer la sanción en el mínimo del cuarto aplicable, por tanto, se incrementará en 39 meses, imponiéndose a los procesados una pena de **212 meses y 7 días de prisión** para cada uno de los 12 delitos de peculado por apropiación gravado.

Ahora bien, en lo referente a los 6 fallos de tutela T-2038/10 y T-2076, T-2104, T-2105, T-2111 y T-2122 /11, cuyas órdenes generaron pagos entre \$37.576.042 y \$88.969.269 por sentencia, las conductas se adecúan a lo establecido en el inciso 1º del artículo 397 del Código Penal,

el cual establece una pena de 96 a 270 meses de prisión, en tanto el monto de lo apropiado es superior a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes de aquella época, pero inferior a 200.

Así, el cuarto mínimo es de 96 meses a 139 meses y 15 días; los cuartos medios de 139 meses y 16 días a 226 meses y 15 días y el cuarto máximo de 226 meses y 16 días a 270 meses de prisión.

Atendiendo las mismas consideraciones expuestas frente al delito de peculado por apropiación agravado, la sanción oscilará entre los dos cuartos intermedios, de 139 meses y 15 días a 226 meses y 15 días, para finalmente individualizar la pena en **161 meses de prisión** por cada uno de los 6 delitos concursales.

Referente a los 2 fallos de tutela restantes, radicaciones T-2077/10 y T-2094/11, que dispusieron pagos por \$6.031.286 y \$23.798.298, respectivamente, debido a que sus cuantías no superan los 50 s.m.l.m.v. para el año correspondiente, dichos comportamientos se encuadran en el inciso 3º del artículo 397 del Código Penal, el cual establece una pena de 64 a 180 meses de prisión.

Así, el cuarto mínimo es de 64 a 93 meses; los cuartos medios de 93 meses y 1 día a 151 meses y el cuarto máximo de 151 meses y 1 día a 180 meses de prisión.

Al considerar las razones señaladas en los dos casos anteriores, entonces la pena fluctuará entre los dos cuartos intermedios, de 93 a 151 meses, quedando la sanción en **107 meses y 15 días de prisión** para cada delito.

En los 20 casos la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas será igual al término de privación de la libertad impuesta a cada uno.

Con relación a la pena de multa, se precisa que de conformidad con el artículo 397 del Código Penal, ésta será igual al valor de lo apropiado, discriminado por cada fallo de tutela, así: \$1.311.642.475 (T-1828/10), \$547.157.688 (T-1836/10), \$68.293.709.656²⁹ (T-2000/10), \$63.902.616 (T-2038/10), \$1.673.985.020 (T-2061/10), \$139.570.192³⁰ (T-2071/10), \$73.657.340 (T-2076/10), \$1.520.338.756 (T-2080/10), \$6.031.286³¹ (T-2077/10), \$23.798.298 (T-2094/11), \$125.082.451 (T-2100/11), \$55.075.937 (T-2104/11), \$37.576.042 (T-2105/11), \$50.785.700 (T-2111/11), \$107.394.120 (T-2113/11), \$4.157.617.314 (T-2121/11), \$88.969.269 (T-2122/11), \$747.631.529 (T-2183/11), \$29.724.284.583³² (T-2193/11) y \$723.951.921 (T-2192/11).

²⁹ No obstante los pagos ascendieron a \$68.774.423.327, la Fiscalía imputó el menor valor, que fue aceptado por los acusados.

³⁰ No obstante los pagos ascendieron a \$174.245.902, la Fiscalía imputó el menor valor, que fue aceptado por los acusados.

³¹ No obstante los pagos ascendieron a \$42.957.494, la Fiscalía imputó el menor valor, que fue aceptado por los acusados.

³² No obstante los pagos ascendieron a \$29.750.561.759, la Fiscalía imputó el menor valor, que fue aceptado por los acusados.

4.2. Prevaricato por acción.

El artículo 413 del Código Penal, modificado por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, sanciona dicho tipo penal con prisión de 48 a 144 meses, multa de 66,66 a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 80 a 144 meses.

El señalado ámbito de movilidad de la sanción privativa de la libertad, al ser dividido de acuerdo con el inciso 1º del artículo 61 de la Ley 599 de 2000, arroja un primer cuarto de 48 a 72 meses, dos cuartos medios de 72 meses y 1 día a 120 meses y un cuarto máximo de 120 meses y 1 día a 144 meses.

Así, para establecer el cuarto o cuartos en los que se individualizará la sanción, de acuerdo con los parámetros del inciso 2º *idem*, al concurrir una circunstancia de menor y una de mayor punibilidad, la pena se ubica en los cuartos medios, de 72 meses y 1 día a 120 meses de prisión.

Para establecer la sanción en concreto para cada uno de los 20 prevaricatos, de acuerdo con los lineamientos del inciso 3º del artículo 61 de la Ley 599 de 2000, además de las consideraciones tenidas en cuenta al individualizar la pena por cada uno de los peculados por apropiación, no puede pasar inadvertido, desde el punto de vista de la intensidad del dolo, que para dar apariencia de legalidad a las órdenes impartidas en las decisiones judiciales, los sentenciados actuaron en forma abiertamente contraria a

derecho sobre varios aspectos en una misma providencia, pues se arrogaron una competencia territorial que no tenían, pasaron por alto actuaciones temerarias de varios actores, ignoraron que en la mayoría de los eventos, los hechos denunciados como violatorios no superaban el juicio de inmediatez, y finalmente sobreponer la acción de tutela frente a otros mecanismos de defensa judicial idóneos y eficaces.

Ahora bien, el daño a la Rama Judicial en este evento resulta particularmente lesivo y afecta de manera grave la imagen de la administración de justicia, pues casos de corrupción al interior de la judicatura como al aquí estudiado, en especial ejecutados por funcionarios que ostentaban cargos de especial dignidad como magistrados de un Tribunal Superior de Distrito Judicial, afectan gravemente su credibilidad ante la comunidad, al deslegitimar una función de vocación y probidad como la que debe orientar todos los actos de la jurisdicción.

Atendiendo a dichos factores, la Sala no encuentra razonable fijar la sanción en el mínimo previsto para el cuarto aplicable y en su lugar, se aumentará en 24 meses, imponiéndose a los procesados una pena de **96 meses de prisión** para cada uno de los 20 prevaricatos por acción.

Ahora bien, frente a la sanción de multa, el ámbito de movilidad de 66.66 a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes, se divide de acuerdo con el inciso 1º del artículo 61 del Código Penal, para un primer cuarto entre

66,66 y 124,99, unos cuartos medios de 125 a 241,65 y un cuarto máximo de 241,66 a 300 s.m.l.m.v.

En razón de los mismos criterios analizados al establecer la pena privativa de la libertad, para preservar la igualdad punitiva, se fijará la pena de multa en **183,32 salarios mínimos legales mensuales vigentes.**

Frente a la inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas, al dividir en cuatro los extremos punitivos de 80 a 144 meses, se obtiene un primer cuarto de 80 a 96 meses, unos cuartos intermedios de 96 meses y 1 día a 128 meses y un cuarto máximo de 128 meses y 1 día a 144 meses.

Así, al aplicar un aumento en la misma proporción que en las anteriores penas principales, se fijará la sanción de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas en **112 meses** por cada uno de los 20 prevaricatos por acción.

4.3. Concierto para delinquir.

El artículo 340 del Código Penal, con el incremento punitivo introducido por la Ley 890 de 2004, establece una pena privativa de la libertad entre 48 y 108 meses, cuyos cuartos de movilidad quedarían así: el primero de 48 a 63 meses, los intermedios de 63 meses y 1 día a 93 meses y el último de 93 meses y 1 día a 108 meses.

Al igual que con los delitos anteriormente analizados, la sanción se establecerá en los cuartos medios, en este caso de 63 meses y 1 dia a 93 meses, ante la presencia de una circunstancia de menor y una de mayor punibilidad.

Así, para individualizar la pena en concreto, teniendo en cuenta la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño potencial o real creado, la naturaleza de las causales de agravación o atenuación, la intensidad del dolo, la necesidad de la pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto, ha de resaltarse inicialmente la especial relevancia penal del comportamiento desplegado por los enjuiciados, en tanto la asociación delictiva se prolongó cerca de un año y tres meses, lapso durante el cual se ejecutaron 40 conductas punibles que vulneraron el bien jurídico de la administración pública.

Adicionalmente, no puede pasar desapercibido que si bien los acusados se concertaron para ejecutar actos indeterminados, desde un principio todos ellos tenían la clara finalidad de despojar de la mayor cantidad de dinero posible a Ecopetrol, a través los millonarios pagos ordenados a favor de los demandantes, lo que demuestra la evidente premeditación de su actuar ilegal, señal inequívoca de la mayor magnitud dolosa del comportamiento.

De otra parte, la concertación en la que participaron los acusados fue especialmente lesiva, pues la actividad ilícita de los enjuiciados no se limitó al simple consenso de voluntades, sino que éste se materializó a través de la

consumación de 20 peculados por apropiación y 20 prevaricatos por acción, lo que trascendió a una real afectación de la seguridad pública.

En ese orden, no resulta viable establecer la sanción en el mínimo del primer cuarto medio, sino que se impondrá una pena privativa de la libertad de **70 meses** por la conducta analizada. En el mismo término se establece la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

4.4. Concurso de conductas punibles.

De acuerdo con el artículo 31 de la Ley 599 de 2000, quien infrinja una pluralidad de disposiciones de la ley penal o varias veces la misma, quedará sometido a la que establezca la pena más grave, según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles, debidamente dosificadas cada una de ellas.

En aplicación de ese mandato, se tomará como pena base de prisión, la dosificada para el delito de peculado por apropiación en favor de terceros agravado, derivado del fallo T-2000/10³³, que corresponde a **212 meses y 7 días**, aumentados en 6 meses por cada uno de los 11 peculados por apropiación agravados (**66 meses**) que concursan

³³ En cuantía de por \$68.774.423.327.

homogéneamente, más 4 meses por cada uno de los 6 peculados simples (**24 meses**), aunados a 2 meses por cada uno de los 2 peculados por apropiación atenuados restantes (**4 meses**).

A la cifra resultante (**306 meses y 7 días**), se le suman 5 meses por cada uno de los 20 prevaricatos por acción (**100 meses**) y **6 meses** más por el concierto para delinquir, para imponer a FERNANDO CASTAÑEDA CANTILLO y a FÉLIX MARÍA GALVIS RAMÍREZ una pena privativa de la libertad de **412 meses y 7 días de prisión**, monto que no excede del doble del máximo de la pena impuesta para el delito más grave³⁴ (414 meses y 14 días).

En lo que refiere a la multa como acompañante de la sanción principal, el artículo 39-4 de la Ley 599 de 2000 ordena su acumulación aritmética en caso de concurso de conductas punibles, sin que pueda superar los 50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Así, al sumar el valor de lo apropiado en los 20 peculados por apropiación, se obtiene una multa de \$109.472.162.193, que equivalen a **204.391,63 s.m.l.m.v.**

De igual forma al adicionar las sanciones de multa por cada uno de los 20 prevaricatos por acción, que individualmente considerados ascienden 183,32 s.m.l.m.v., se obtienen **3.666,4 s.m.l.m.v.** Así, al sumar las cuantías

³⁴ CSJ SP, 20 sep. 2016, rad. 47588, reiterada en CSJ SP, 12 Mar 2014, rad. 42623 y CSJ SP, 28 oct. 2015, rad. 43868.

obtenidas para cada uno de los 40 delitos concursales, la multa ascenderá a **208.058,03 s.m.l.m.v.**

Sin embargo, como ese monto excede el límite del artículo 39-1 de la Ley 599 de 2000, la sanción para cada uno de los acusados será de **50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.**

Por último, en cuanto a la sanción de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, en los eventos en que la sanción concurre como principal en relación con algunos delitos y como accesoria respecto de otros, ha precisado la Sala que resulta imperioso aplicar, igualmente, las reglas del concurso de comportamientos punibles, pues se trata de la misma sanción, aunque prevista en diferente categoría e intensidad. Así las cosas, el sujeto agente queda sometido a la del delito que «establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto». (Cfr. CSJ SP, 20 sep. 2017, rad. 50366; CSJ SP, 4 jun. 2014, rad. 42737; CSJ SP, 3 sep. 2014, rad. 43303 y CSJ SP, 12 nov. 2014, rad. 39392).

En el presente caso, la declaratoria de responsabilidad penal en contra de FERNANDO CASTAÑEDA CANTILLO y FÉLIX MARÍA GALVIS RAMÍREZ por el delito de peculado por apropiación, al representar un detrimento patrimonial para el Estado, obliga a imponerles la sanción establecida en el inciso 5º del artículo 122 de la Carta Política³⁵, que de

³⁵ «Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como

acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional³⁶ y de esta Corporación, consiste en «*la prohibición intemporal para inscribirse como candidato a cargos de elección popular, ser elegido, ser designado servidor público y contratar con el Estado, directamente o por interpuesta persona. De los demás derechos políticos no incluidos en la norma constitucional sólo queda privado por el término fijado en el fallo*» (CSJ SP, 19 jun. 2013, rad. 36511).

En ese orden, el término de inhabilitación de los derechos y funciones públicas no incluidos en la norma constitucional reseñada corresponde a (i) **212 meses y 7 días**, (ii) **161 meses y** (iii) **107 meses y 15 días** por cada peculado por apropiación agravado (12), simple (6) y atenuado (2), en su orden, (iv) **112 meses** por cada prevaricato por acción (20) y (v) **70 meses** por el concierto para delinquir.

En el evento analizado habrá de preferirse la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas en modalidad accesoria, impuesta por el peculado por apropiación agravado, **212 meses y 7 días**, incrementada en **200 meses** por los 40 comportamientos restantes, conforme las orientaciones señaladas al momento de establecer la pena privativa de la libertad, para **412 meses y 7 días** de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

36 Sentencia C-652/03.

No obstante, como dicho lapso supera el límite establecido en el inciso 1º del artículo 51 de la Ley 599 de 2000, dicha pena quedará en **20 años** para CASTAÑEDA CANTILLO y GALVIS RAMÍREZ.

5. Rebaja punitiva por allanamiento a cargos.

En la audiencia prevista por el artículo 447 de la Ley 906 de 2004, los defensores solicitaron en favor de su respectivo procurado, tener en cuenta que aceptaron cargos en audiencia de formulación de imputación, con lo que ahorraron un mayor desgaste para la administración de justicia, y que además, CASTAÑEDA CANTILLO «está dispuesto a esperar el incidente de reparación integral para que se determine la cuantía del daño causado con la conducta». Por su parte, la Fiscalía consideró que no debía reconocerse a los acusados la máxima rebaja de pena, al no haber reintegrado lo apropiado.

Sobre este último aspecto, ha señalado recientemente esta Corte:

... [N]o puede perderse de vista que el tema de la reparación de los perjuicios ocasionados a la víctima con la ilicitud llevada a cabo, acorde con los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de que gozan las víctimas en el proceso penal, necesariamente debe ser asunto a considerar en la determinación del porcentaje de rebaja de pena en los casos de la sentencia anticipada por allanamiento a cargos.

De esta suerte, como la determinación del porcentaje de rebaja no aparece de manera fija señalada en la ley, necesariamente el juez debe acudir a criterios de plausible verificación que le permitan adoptar una determinación no sólo razonable sino justa y respetuosa de los intereses de las víctimas al momento de establecer la reducción punitiva por concepto del allanamiento a cargos.

Así, salvo el caso de las situaciones de flagrancia o de aquellos eventos en los cuales el ordenamiento limita la rebaja de pena por allanamiento a cargos, para efectos de decidirse aplicar lo previsto en el inciso primero del artículo 351 de la Ley 906 de 2004 independientemente de la clase de delito de que se trate, o del bien jurídico comprometido con el reato, en la determinación del porcentaje de pena que habrá de rebajarle al acusado por la aceptación de responsabilidad penal en el crimen que le ha sido imputado, el juez debe tomar en consideración no sólo la oportunidad procesal en que el allanamiento a cargos se presenta -la formulación de imputación-, sino también la colaboración que el imputado hubiere brindado a la Fiscalía en la determinación del cúmulo de circunstancias que rodearon la ejecución del crimen, la contribución otorgada para la individualización, investigación y juzgamiento de otros posibles responsables y la actitud asumida en el proceso con respecto a la manera como ofrece reparar los daños y perjuicios causados a las víctimas del injusto típico cuya responsabilidad penal libre y voluntariamente admite a cambio de obtener una sustancial rebaja en la pena que habría de corresponderle si el juicio se lleva a cabo y finaliza con decisión de condena. (CSJ SP, 27 sep. 2017, rad. 39831).

En este orden de ideas, conforme a lo previsto en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004 y la jurisprudencia de esta Corporación, al considerar las condiciones particularidades del caso, se advierte que el doctor FERNANDO CASTAÑEDA CANTILLO se allanó a los cargos en la primera oportunidad procesal, mientras que el doctor FÉLIX MARÍA GALVIS RAMÍREZ hizo lo propio en audiencia de adición a la imputación³⁷, realizada 24 días después de la primera diligencia, con lo cual ambos contribuyeron a evitar un mayor desgaste de tiempo, esfuerzo y recursos para la administración de justicia, aunque en el caso de CASTAÑEDA CANTILLO fue mayor.

³⁷ En este sentido, ambas diligencias fueron realizadas antes de la emisión de la sentencia CSJ SP, 27 sep. 2017, rad. 39831, razón por la que no es aplicable a este caso la tesis jurisprudencial sentada en esa providencia, en cuanto a que "...la circunstancia de que el allanamiento a cargos en el Procedimiento Penal de 2004 sea una modalidad de acuerdo, traduce que en aquellos casos en los que el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido un incremento patrimonial fruto de la misma, debe reintegrar como mínimo el 50% de su valor y asegurar el recaudo del remanente para que el Fiscal pueda negociar y acordar con él, conforme lo ordena el artículo 349 de esa codificación."

Sin embargo, no puede pasar desapercibido que la Fiscalía tuvo que recolectar por 5 años, un gran número de elementos materiales probatorios y evidencia física, que para el momento de la formulación de imputación, ya le permitían llamar a juicio a los procesados, e incluso, con probabilidad de verdad, pedir condena en su contra. Además, resáltese que los sentenciados no han devuelto, así fuese parcialmente, el dinero apropiado en favor de otros, sin que sea suficiente la escueta afirmación de que se *“espera al incidente de reparación integral”* para que se cuantifiquen los perjuicios causados, cuando desde el inicio del proceso la Fiscalia estableció el valor de lo defraudado a Ecopetrol como consecuencia de los pagos que ilegalmente fue obligada a realizar.

Corolario de lo anterior, considera la Sala que a los enjuiciados no se les debe reconocer la rebaja máxima prevista en la ley para la aceptación de cargos en la fase de imputación (50%), sino que FERNANDO CASTAÑEDA CANTILLO se hace merecedor a un descuento del **36%**, mientras que FÉLIX MARÍA GALVIS RAMÍREZ, quien aceptó cargos luego de formulada la imputación, debe obtener una rebaja del **34%**, montos superiores al mínimo de descuento permitido en la etapa correspondiente (33.33%).

Así, en el caso de FERNANDO CASTAÑEDA CANTILLO, a los 412 meses y 7 días de pena privativa de la libertad, 50.000 s.m.l.m.v. de sanción pecuniaria y 20 años de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas, se les debe aplicar el descuento asignado (36%), obteniéndose

una sanción de 263 meses y 24 días de prisión, es decir, **21 años, 9 meses y 24 días como pena privativa de la libertad definitiva a imponer, 32.000 s.m.l.m.v. de multa y 153 meses y 18 días de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas no contempladas en el inciso 5º del artículo 122 de la Carta Política.**

Frente al sentenciado FÉLIX MARÍA GALVIS RAMÍREZ, a las sanciones individualmente dosificadas se les aplicará una rebaja del 34%, como ya se indicó, resultando unas penas de 272 meses y 2 días de prisión, que equivalen a **22 años, 8 meses y 2 días como pena privativa de la libertad definitiva** aplicable al procesado, **33.000 s.m.l.m.v. de multa y 158 meses y 12 días de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas no contempladas en el inciso 5º del artículo 122 de la Carta Política.**

No sobra señalar que la inhabilitación prevista en la norma constitucional reseñada, al ser intemporal, no permite descuento alguno.

6. Mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad.

6.1. No hay lugar a la suspensión condicional de la ejecución de la pena impuesta a los condenados, porque la sanción que corresponde a cada uno supera el límite de 3 años previsto en el artículo 63 original del Código Penal, así

como el de 4 años exigidos por el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014, que reformó dicho instituto.

6.2. Tampoco resulta viable la sustitución de la prisión intramural por la domiciliaria del artículo 38 original del Código Penal, en tanto la pena mínima prevista en la ley para el delito de peculado por apropiación, sea simple o agravado, es de 8 años de prisión, monto que claramente excede los 5 años que la norma prevé como límite objetivo para su procedencia.

Ahora bien, desde el punto de vista del artículo 38B *ídem*, introducido a través del artículo 23 de la Ley 1709 de 2014, aunque los delitos de prevaricato por acción (4 años), peculado por apropiación (8 años) y concierto para delinquir (4 años) tienen una pena mínima prevista en la ley igual o inferior a 8 años de prisión, lo que acreditaría el requisito previsto en el numeral 1°, no sucede lo mismo con la exigencia del numeral 2° *ídem*, que impide la concesión del beneficio cuando alguno de los delitos por los que se emite condena se encuentra enlistado en el inciso 2° del artículo 68A del Código Penal, dentro del cual figuran todas las conductas punibles dolosas contra la administración pública, como el peculado por apropiación y el prevaricato por acción, como sucede en este caso, lo que torna inviable la concesión del mecanismo sustitutivo con base en la disposición analizada.

6.3. Referente a las solicitudes de otorgamiento de la prisión domiciliaria, la primera presentada por la defensora de FÉLIX MARÍA GALVIS RAMÍREZ bajo el amparo del



artículo 314-2 de la Ley 906 de 2004 (contar con más de 65 años de edad) y la segunda por el defensor de FERNANDO CASTAÑEDA CANTILLO con base en el artículo 314-4 *ídem* (estado grave por enfermedad), la Sala ha reiterado que esa clase de pretensiones deben formularse ante el juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, al tenor del artículo 461 de la Ley 906 de 2004, (CSJ SP, 30 ago. 2017, rad. 47761; CSJ AP, 30 jul. de 2014, rad. 38262 y CSJ AP, 11 dic. 2013, rad. 41300).

Por tal razón, la Sala se abstendrá de estudiar dichas peticiones formuladas en favor de los procesados GALVIS RAMÍREZ y CASTAÑEDA CANTILLO.

No obstante, respecto de FERNANDO CASTAÑEDA CANTILLO, quien en la actualidad se encuentra en detención domiciliaria concedida por el Magistrado de Control de Garantías con fundamento en el artículo 314-4 de la Ley 906 de 2004, se ofrece necesario hacer las siguientes consideraciones:

La sustitución de la detención preventiva inicialmente concedida por el Magistrado de Control de Garantías en auto del 5 de septiembre de 2017, tuvo como sustento el concepto del médico oficial del C.T.I., quien consideró que el imputado padecía enfermedad grave que ameritaba el otorgamiento del mencionado beneficio.

Con posterioridad, en audiencia de verificación del allanamiento a cargos, la Fiscalía presentó dictamen médico

legal N° 85059 del 31 de agosto de 2017, practicado al procesado CASTAÑEDA CANTILLO, en el cual el legista concluyó:

Al examen físico se encuentra paciente en aceptables condiciones generales, con cifras tensionales dentro de metas, sin taquicardia o signos de dificultad respiratoria, sin signos de abdomen agudo y adecuado desempeño neurológico en general, excepto por las secuelas de su miembro superior izquierdo por antecedente de trauma de nervio periférico descrito anteriormente, y quien se encuentra recibiendo su medicación como se requiere, sin requerimiento de medicamentos parenterales o cuidados especiales de enfermería y con completa independencia funcional. Su cuadro compulsivo se encuentra adecuadamente controlado y la eventración que presenta en el epigastrio, no muestra signos de complicación, por lo que se considera que se encuentra fuera de peligro.

(...)

FERNANDO CASTAÑEDA CANTILLO... en el momento de la presente valoración no reúne criterios de estado grave por enfermedad o enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión formal. NO SE ENCUENTRA EN ESTADO GRAVE POR ENFERMEDAD.³⁷

Sin embargo, el 19 de diciembre del mismo año la defensa allegó la valoración médico legal N° 89873, realizada al procesado CASTAÑEDA CANTILLO el 22 de noviembre de 2017 por el Instituto Nacional de Medicina Legal, sede Santa Marta, en la cual el forense sostuvo:

Una vez analizadas las anotaciones realizadas por la especialista en cardiología que valoró al examinado, se puede interpretar el angina ha tenido modificaciones, empeorando su intensidad y frecuencia de presentación, por lo tanto se deberán realizar los paraclínicos ordenados por la especialista a fin de dilucidar con mayor claridad el estado de su enfermedad coronaria, para dar tratamiento correcto y detener la evolución a fin de evitar que se desemboca (sic) en un evento peligroso para la vida de paciente.

³⁷ Folio 251, cuaderno del juicio.

Hay que anotar, que clínicamente le paciente se encuentra en aparentes buenas condiciones durante el examen médico, pero las patologías que padece son de evolución incierta y dependientes de la intervención en tratamiento, dieta y estilo de vida saludable, oportuno que reciba, todo esto hace que en conjunto, el cuadro ocasione un alto riesgo cardiovascular para el paciente, siendo posible que a pesar de encontrarse en condición clínica estable, la misma pueda cambiar abruptamente.

Conclusión: al momento del examen el señor FERNANDO CASTAÑEDA CANTILLO, presenta los diagnósticos arriba citados, por lo cual requiere tratamiento médico estricto, con controles frecuentes por especialistas en cardiología, o medicina interna, principalmente además de condiciones adecuadas que no generen situaciones de estrés, según el especialista tratante en cardiología, impedido para viajes en altitud debido al riesgo de exacerbación de los síntomas, en sus actuales condiciones se puede determinar que se encuentra en un estado grave por enfermedad o enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión formal, debido al riesgo cardiovascular en el que se encuentra...

Del anterior recuento se advierte, que no obstante el estado físico del penado no ha variado sustancialmente entre las dos valoraciones médicas, los galenos han arribado a conclusiones disímiles, que impiden determinar con seguridad si el condenado se encuentra en condiciones de cumplir la pena en establecimiento penitenciario, o si por el contrario debe continuar en su domicilio acorde con lo preceptuado por el artículo 314-4 de la Ley 906 de 2004.

Por tanto, se dispone ordenar al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, sede Bogotá, una nueva valoración médica legal, en la que se tengan en cuenta los dos dictámenes reseñados y se determine si el sentenciado padece o no enfermedad grave o si su estado de salud le permite permanecer recluido en prisión, para que con base

en dicho concepto, el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad decida lo pertinente.

6.4. Respecto de la pretensión de la apoderada de FÉLIX MARÍA GALVIS RAMÍREZ, relacionada con ordenar el trasladado de este último a la cárcel Modelo de la ciudad de Cúcuta para estar cerca de sus 4 hijos menores de edad, el artículo 73 de la Ley 65 de 1993 faculta al Director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario para disponer del traslado de los internos condenados de un establecimiento a otro, por decisión propia o petición formulada ante ella, la cual puede ser presentada por el privado de la libertad o su defensor, según dispone el artículo 74-3 *idem*.

Por consiguiente, la Sala se abstendrá de estudiar de fondo la solicitud por carecer de competencia para ello y en su lugar, le dará traslado a la Dirección del INPEC, para que resuelva sobre el particular.

Finalmente, debe señalarse que contra esta sentencia no procede recurso alguno, pues en este caso la impugnación resulta improcedente. Al respecto, la Corte Constitucional al decidir sobre la exequibilidad de algunos artículos de la Ley 906 de 2004, mediante Sentencia C-792 de 2014 resolvió lo siguiente:

"PRIMERO.-Declarar la INCONSTITUCIONALIDAD CON EFECTOS DIFERIDOS, y en los términos señaladas en el numeral segundo de la parte resolutiva de esta providencia, de las expresiones demandadas contenidas en los artículos 20, 32, 161, 176, 179, 179B, 194 y 481 de la Ley 906 de 2004, en cuanto omiten la

posibilidad de impugnar todas las sentencias condenatorias, y EXEQUIBLE el contenido positivo de estas disposiciones".

"SEGUNDO.- EXHORTAR al Congreso de la República para que, en el término de un año contado a partir de la notificación por edicto de esta sentencia, regule integralmente el derecho a impugnar todas las sentencias condenatorias. De no hacerlo, a partir del vencimiento de este término, se entenderá que procede la impugnación de todas las sentencias condenatorias ante el superior jerárquico o funcional de quien impuso la condena".

Como se ve, se trata de una sentencia de constitucionalidad modulada lo cual significa que si bien, por regla general, los fallos de la Corte Constitucional tienen efectos hacia el futuro, a menos que excepcionalmente dicha Corporación resuelva lo contrario, atendidas las reales circunstancias de aplicación de las decisiones, fijando sus efectos retroactivos o diferidos, como ocurre precisamente con la sentencia C-792 de 2014, pues en ella se dejaron temporalmente vigentes los preceptos declarados inexequibles, hasta tanto el legislador regulara lo pertinente para superar la situación de inconstitucionalidad declarada.

Sobre este tema y a propósito de la delimitación del alcance de la sentencia C-792 de 2014, la Corte Constitucional aclaró, incluso de manera insistente, que el pronunciamiento de inexequibilidad diferida se limitó al estudio de las normas relativas a la competencia de la Corte Suprema de Justicia para resolver en segunda instancia los recursos de apelación contra los autos y sentencias que profieran en segunda instancia los tribunales superiores, de ahí que la norma base del cuestionamiento fuera el ordinal 3º del artículo 32 de la Ley 906 de 2004, motivo por el cual

no puede extenderse sus alcances a procesos tramitados bajo el procedimiento de la Ley 600 de 2000, ni a competencias diferentes.

Agréguese a lo anterior, que aun cuando se pensara que el fallo de única instancia proferido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia pudiera quedar cobijado en el espectro constitucional de la sentencia C-792 de 2014, tampoco sería procedente una impugnación.

Sobre el particular, conforme se desprende del artículo 234 de la Carta Política, la Corte Suprema de Justicia es órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, por tanto sus decisiones no son susceptibles de ser revisadas por una instancia superior. Ello fue objeto de debate y decisión de la Corte Constitucional en sentencia C-037 de 1996 al estudiar la exequibilidad del numeral 6º del artículo 17 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, a raíz precisamente de las facultades dadas por el legislador a la Sala Plena de esta Corporación para conocer impugnaciones y recursos de apelación contra decisiones de la Sala Penal. En esa oportunidad se dijo:

En ese orden de ideas, las atribuciones que el artículo 235 de la Carta le atribuye a la Corte, en particular la de actuar como tribunal de casación y la de juzgar a los funcionarios con feroe constitucional, deben entenderse que serán ejercidas en forma independiente por cada una de sus salas, en este caso, por la Sala de Casación Penal. De lo anterior se infieren, pues, varias conclusiones: en primer lugar, que cada sala de casación penal, civil o laboral-actúa, dentro del ámbito de su competencia, como máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria; en segundo lugar, que cada una de ellas es autónoma para la toma de las decisiones y, por lo mismo, no puede inferirse en momento alguno que la

Constitución definió una jerarquización entre las salas; en tercer lugar, que el hecho de que la Carta Política hubiese facultado al legislador para señalar los asuntos que deba conocer la Corte en pleno, no significa que las salas de casación pierdan su competencia o que la Sala Plena sea superior jerárquico de alguna de ellas. En otras palabras, la redacción del artículo 234 constitucional lleva a la conclusión evidente de que bajo ningún aspecto puede señalarse que exista una jerarquía superior, ni dentro ni fuera, de lo que la misma Carta ha calificado como "máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria" (subrayas fuera del texto original).

Pero además, sobre la imposibilidad de aplicar ese mandato a los procesos de única instancia, la Sala de Casación Penal de esta Corporación ha tratado el tema de manera reiterada y así en pronunciamiento posterior señaló:

Si bien no desconoce la naturaleza y la fuerza normativa de la previsión constitucional contenida en el artículo 29, acerca del derecho que tiene todo ciudadano a impugnar la sentencia condenatoria, es lo cierto que en el estado actual de cosas es imposible cumplir la sentencia C 792 de 2014, porque al no haber acatado el Congreso de la República el llamado que la Corte Constitucional hizo en el numeral segundo del precitado fallo, en el sentido de que en el término de un año, contado a partir de la notificación por edicto, regulara «integralmente el derecho a impugnar todas las sentencias condenatorias», el ordenamiento existente no ofrece opciones para suplir o complementar el déficit normativo en este tema.

Por ello, el aparte final del numeral citado, según el cual si el Congreso no regulaba el derecho a impugnar la sentencia condenatoria en el término de un año allí fijado, «se entenderá que procede la impugnación de todas las sentencias condenatorias ante el superior jerárquico o funcional de quien impuso la sentencia», entraña una contradicción sustancial que no puede resolver la Corte Suprema de Justicia cuando actúa como juez de única o segunda instancia, o juez de casación, pues la estructura de la Rama Judicial está diseñada de tal manera que esta Corporación es el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, por lo mismo de cierre, como lo disponen los artículos 234 de la Carta Política y 15 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, de modo que las sentencias condenatorias en juicios de única instancia, o las dictadas en segunda instancia que por primera vez imponen condena, o al resolver el recurso extraordinario de

casación, carecen de superior jerárquico o funcional con competencia para revisar los fundamentos fácticos y jurídicos de una condena, de acuerdo a los estándares fijados por la Corte Constitucional en la C-792 tantas veces citada” (CSJ AP, May 18 de 2016, Rad 38156).

Incluso, recuérdese que el Acto Legislativo 001 de 2018, al implementar la doble instancia para aforados constitucionales, en el inciso 4º de su artículo 1º señaló que solo «*contra las sentencias que profiera la Sala Especial de Primera Instancia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia procederá el recurso de apelación*», lo que excluye de dicho mecanismo a los fallos emitidos por la Sala de Casación Penal de esta Corporación, conclusión que guarda armonía con lo dispuesto por el artículo 235 de la Constitución Política, pues la Corte Suprema de Justicia es el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria y, por lo mismo, de cierre. Por consiguiente, carece de superior funcional y jerárquico que pueda revisar sus decisiones en materia penal.

Por lo expuesto, la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

Primero.- Declarar penalmente responsables a **FERNANDO CASTAÑEDA CANTILLO** y a **FÉLIX MARÍA GALVIS RAMÍREZ**, de condiciones personales y civiles

consignadas en esta providencia, como **coautores** de los delitos de **concierto para delinquir**, concurso homogéneo y sucesivo de **peculados por apropiación en favor de terceros agravados** y concurso homogéneo y sucesivo de **prevaricatos por acción**, previstos en los artículos 340, 397 y 413 del Código Penal, respectivamente.

Segundo.- Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR a FERNANDO CASTAÑEDA CANTILLO a 21 años, 9 meses y 24 días de prisión y a FÉLIX MARÍA GALVIS RAMÍREZ a 22 años, 8 meses y 2 días de prisión.**

Tercero.- CONDENAR a FERNANDO CASTAÑEDA CANTILLO y a FÉLIX MARÍA GALVIS RAMÍREZ al pago de 32.000 y 33.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa, respectivamente, a favor del Tesoro Nacional.

Cuarto.- CONDENAR a FERNANDO CASTAÑEDA CANTILLO a 153 meses y 18 días y a FÉLIX MARÍA GALVIS RAMÍREZ a 158 meses y 12 días de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas diferentes a los establecidos en el artículo 122 de la Carta Política.

Quinto.- CONDENAR a FERNANDO CASTAÑEDA CANTILLO y a FÉLIX MARÍA GALVIS RAMÍREZ a la inhabilitación intemporal para el ejercicio de los derechos y funciones públicas, contempladas en el inciso 5º del artículo 122 de la Carta Política.

Sexto.- NEGAR a los sentenciados la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad y la prisión domiciliaria, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Séptimo.- Disponer que el sentenciado **FERNANDO CASTAÑEDA CANTILLO** continúe gozando de la detención domiciliaria, hasta tanto el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad se pronuncie sobre la prisión domiciliaria, con fundamento en el nuevo dictamen que el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, sede Bogotá, realice al condenado.

Octavo.- REMITIR a la Dirección del INPEC la solicitud de traslado de centro carcelario, presentada por la apoderada de **FÉLIX MARÍA GALVIS RAMÍREZ**.

Noveno.- COMUNICAR esta decisión a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, para el recaudo de la multa acompañante impuesta.

Décimo.- LIBRAR las comunicaciones de rigor a las autoridades competentes, conforme lo normado en los artículos 166 y 462 de la Ley 906 de 2004.

Undécimo.- Ejecutoriada la presente sentencia, **REMITIR** la actuación al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Reparto que corresponda, para lo de su cargo.

Contra este fallo no procede recurso alguno.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Salvo voto.
JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

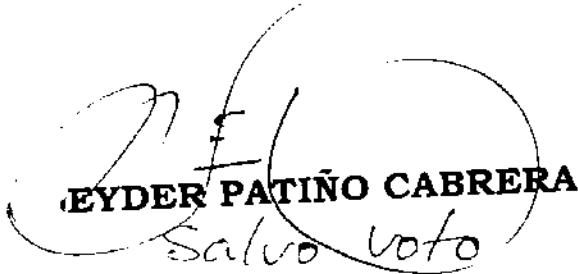
FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Salvo parcialmente voto.

Única instancia nº 51142
FERNANDO CASTAÑEDA CANTILLO y
FÉLIX MARÍA GALVIS RAMÍREZ


EYDER PATIÑO CABRERA
Salvo voto


PATRICIA SALAZAR CUELLAR


LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO


NUBIA YOLANDA NOVA GARCIA

Secretaria



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

RADICADO 51142

PROCESADO: FERNANDO CASTAÑEDA CANTILLO y FÉLIX MARÍA GALVIS RAMÍREZ.

DELITO: Concierto para delinquir, peculado por apropiación agravado y prevaricato por acción en concurso homogéneo.

PROVIDENCIA: Sentencia, Acta 54 de 21 de febrero de 2018.

De manera respetuosa, me permito exponer las razones que me determinaron a salvar parcialmente el voto respecto de la decisión adoptada por la Sala en el proceso de la referencia, en lo que atañe a la decisión mayoritaria de inaplicar el Acto Legislativo No. 01 de 18 de enero de 2018 en lo relativo a resolver este asunto por la vía de la primera instancia y negar, además, la doble instancia (apelación) contra la sentencia condenatoria proferida.

1. Actuación de la Sala.

El proceso penal contra FERNANDO CASTAÑEDA CANTILLO y FÉLIX MARÍA GALVIS RAMÍREZ se inició y llegó al estado de aceptación de cargos por parte de los procesados por los delitos de concierto para delinquir, peculado por apropiación agravado y prevaricato por acción en concurso homogéneo, antes de que fuese promulgado el Acto Legislativo No. 01 del 18

Rafael

de enero de 2018; pero, la sentencia condenatoria fue proferida con posterioridad, el 21 de febrero siguiente.

1. Vigencia del Acto Legislativo No. 01 de 2018.

El 18 de enero de 2018, fue promulgado el Acto Legislativo No. 01 de 2018, con lo cual entró a regir en el ordenamiento jurídico colombiano, pues esa es la única condición que se establece para su vigencia en el artículo 4º ibídem, así como en los textos constitucionales y el código civil que regulan el trámite, aprobación, vigencia y aplicabilidad de los Actos Legislativos.

2. Contenido del Acto Legislativo No. 01 de 2018.

El Acto Legislativo No. 01 de 2018 modificó los artículos 186, 234 y 235 de la Constitución Política e implementó, por esa vía, la doble instancia en los procesos que, hasta ese momento, tramitaba esta Corporación en única *instancia* contra los Congresistas y otros aforados constitucionales. Adicionalmente, consagró -para aforados como para no aforados - la denominada garantía de doble conformidad judicial, consistente en la posibilidad de impugnar la primera sentencia de condena.

Para el cumplimiento de ese fin, la reforma constitucional creó dos Salas Especiales al interior de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, esto es, la de instrucción y la de juzgamiento.

Rafael G.
2

A la Sala de Instrucción le corresponde investigar a los aforados, entre ellos, los congresistas y ex congresistas, estos últimos, por delitos cometidos en desarrollo o con ocasión de sus funciones.

A la Sala de Juzgamiento le compete juzgar en primera instancia a los aforados constitucionales.

El Acto Legislativo estableció la apelación contra las sentencias proferidas por la Sala Especial de Primera Instancia y, además, la posibilidad de impugnar otras decisiones judiciales, en este último caso, con la reserva de hacerse «conforme lo señale la Ley».

Por su parte, el artículo 2º del Acto Legislativo desarrolló el artículo 186 de la Constitución Política, que establece la competencia privativa de la Corte Suprema de Justicia para investigar y detener a los Congresistas, en estas condiciones, incorporó en el artículo 234 Superior que en las investigaciones adelantadas contra aforados constitucionales deben estar garantizadas la separación de las funciones de instrucción y juzgamiento, la doble instancia de la sentencia y el derecho a la impugnación de la primera condena.

Sobre los Congresistas, en particular, el artículo 3º - que modificó el 235 de la Carta -, asignó a la Corte Suprema de Justicia las funciones de investigar y juzgar a los miembros del Congreso y resolver a través de la Sala de Casación Penal, los recursos de apelación interpuestos contra las decisiones dictadas por la Sala Especial de Primera Instancia.

Ramírez
3

3. Constitucionalidad del Acto Legislativo No. 01 de 2018.

3.1 De acuerdo con el artículo 4º de la Carta Política, «la Constitución es norma de normas». De ahí que, por lo tanto, «en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales».

Para garantizar la supremacía constitucional y la indemnidad de la jerarquía normativa así consagrada, el texto Superior atribuyó a la Corte Constitucional «la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución», labor para cuyo cumplimiento le confirió, entre otras, las siguientes funciones:

1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformatorios de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.

(...)

4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

(...)

8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

Del tenor de los citados preceptos normativos se desprende que, en principio, el control concentrado de constitucionalidad que ejerce el aludido tribunal respecto de *actos reformatorios de la constitución* – entre ellos, los Actos Legislativos – está circunscrito a la verificación de los requisitos de procedimiento de creación normativa previstos en la Carta para ello, mientras que, en relación con las *leyes*, la labor de contrastación

Ramírez 4

comprende tanto aquellos requisitos procedimentales, como la evaluación del contenido *material* de la norma y su conformidad con el texto constitucional.

Ahora bien, la doctrina desarrollada por la Corte Constitucional ha sostenido que el control de los *actos reformatorios de la constitución*, y en particular de los Actos Legislativos, no sólo comporta la revisión de las exigencias procedimentales en sentido estricto – debates, publicidad, quórum, entre otras -, sino también la verificación de las normas de *competencia* para reformar la Constitución, pues éstas hacen parte integrante de aquéllas.

El Congreso de la República, conforme lo prevé el artículo 374 de la Carta, está facultado para *reformar* la Constitución Política – a través de Actos Legislativos -, pero no para *sustituirla*, esto es, para cambiarla por una radicalmente distinta¹, porque esa competencia corresponde con exclusividad al constituyente primario. En ese entendido, si un determinado Acto Legislativo, en lo sustancial, no conlleva una simple reforma sino un verdadero relevo del texto constitucional, habrá de concluirse que el Congreso ha excedido su competencia y ese acto, por consecuencia, debe ser retirado del ordenamiento jurídico².

De acuerdo con ese desarrollo jurisprudencial, entonces, la revisión de un Acto Legislativo debe agotar, si éste ha de tenerse por ajustado a la Carta, i) la comprobación de haber cumplido con los requisitos procedimentales pertinentes, y ii) la de haberse proferido con apego a la competencia atribuida por el

¹ Sentencia C - 1200 de 2003.

² Sentencia C - 551 de 2003.

texto constitucional al Congreso. Para este último control, resulta indispensable verificar el contenido del acto reformatorio, pues sólo así es posible discernir si comportó una sustitución del texto Superior³, y, en particular, establecer cuál es el eje definitorio de la Constitución que ha resultado subrogado⁴.

3.2 Entiendo que el control difuso de constitucionalidad - la excepción de inconstitucionalidad - no fue contemplado por el constituyente respecto de Actos Legislativos⁵ y, por lo mismo, que corresponde a la Corte Constitucional, con exclusividad, la valoración sobre la posible sustitución de la constitución que pueda derivarse de la promulgación de un Acto Legislativo.

Sin perjuicio de ello, las consideraciones consignadas en precedencia adquieren relevancia de cara al criterio mayoritario del que me aparto, pues, preliminarmente, estimo necesario hacer claridad en cuanto a que, al entender del suscrito Magistrado, no existen razones objetivas para inferir que el Acto Legislativo No. 01 de 2018 pueda derruir uno o más de los elementos de identidad sustancial de la Carta Política.

El constituyente primario, al aprobar la Carta Política de Colombia, estableció en el artículo 186:

De los delitos que cometan los Congresistas, conocerá en forma privativa la Corte Suprema de Justicia, única autoridad que podrá ordenar su detención. En caso de flagrante delito, deberán ser

³ Sentencia C – 427 de 2008.

⁴ Sentencia C – 332 de 2017.

⁵ Tal como se desprende del tenor del artículo 4 Superior, según el cual “en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

aprehendidos y puestos inmediatamente a disposición de la misma Corporación.

Es indiscutible que la voluntad del constituyente primario en cuanto a la estructura del Estado para administrar justicia en relación con los Congresistas, fue acogida, respetada y acatada por el Acto Legislativo No. 01 de 2018, el que dejó la competencia de los procesos penales contra los Representantes a la Cámara y Senadores, en la Sala de Casación Penal, sólo que, para respetar garantías fundamentales, para ajustar el ordenamiento jurídico a los estándares de justicia internacional y a la sentencia C – 792 de 2014, creó una Sala de Instrucción y una Sala de Juzgamiento.

Sobre los supuestos anteriores, no es ajustado al contenido del Acto Legislativo ibidem, afirmar que éste creó una nueva estructura judicial para el país, en estricto sentido, lo que hizo fue desarrollar el mandato contenido en el original artículo 186 de la Carta Política y la sentencia C-792 de 2014.

Adicionalmente a lo dicho, agréguese que el aludido Acto Legislativo reconoció, en los procesos criminales adelantados contra Senadores y Representantes a la Cámara, las garantías de separación de las funciones de instrucción y juzgamiento, doble instancia de la sentencia e impugnación de la primera condena⁶, y reconoció también la garantía de la doble conformidad de la primera condena también respecto de otros aforados y personas sin fuero⁷, supuestos que no fueron discrecionalidad del legislador, sino imposiciones de estándares de justicia internacional y de decisiones de la Corte

⁶ Artículo 2º.

⁷ Artículo 3º.



Constitucional colombiana, como la contenida en la sentencia C – 792 de 2014.

De lo expuesto se advierte, de una parte, que la mencionada reforma constitucional **mantuvo en la Corte Suprema de Justicia la facultad de investigar y juzgar a los miembros del Congreso**, con lo cual no se produjo una variación sustancial, sino simplemente instrumental o procedimental, ni se contravino la lógica subyacente a la institución foral; de otra, que dicho Acto Legislativo simplemente otorgó a los Congresistas investigados **garantías procesales fundamentales ya existentes para no aforados**, y reconoció universalmente una más – la doble conformidad de la primera condena – **lo cual simplemente refleja el acatamiento a mandatos de justicia internacional⁸ y el fallo C – 792 de 2014, decisión esta que dada su naturaleza, por Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270 de 1994) es de obligatorio acatamiento por todas las autoridades nacionales.**

Desde esa óptica, entonces, es la opinión del suscrito Magistrado, el Acto Legislativo No. 01 de 2018 lejos de suscitar cuestionamientos sobre posibles vicios de competencia en su promulgación que pongan en entredicho su conformidad con la Carta Política, implicó no una sustitución sino un desarrollo para materializar garantías constitucionales y supraconstitucionales, que ponen al Estado Colombiano como ejemplo de una justicia que no se hace de cualquier manera, sino concediendo derechos y garantías de doble instancia no

⁸ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 5º; Corte Interamericana de Derechos Humanos, 23 nov. 2012, caso Mohamed versus Argentina.

solamente a algunos ciudadanos sino a todos con igual trato jurídico.

Desde luego, estas afirmaciones sólo tienen admisibilidad y aplicación, a partir de la promulgación del Acto Legislativo No. 01 de 2018, no respecto de situaciones jurídicas consolidadas en procesos antes consolidados del 18 de enero de ese año, dado que en el ordenamiento jurídico interno de rango constitucional, no estaban autorizadas la doble instancia y la doble conformidad, la primera para los aforados constitucionales, y la segunda para todos los colombianos.

4. Aplicabilidad del Acto Legislativo No. 01 de 2018.

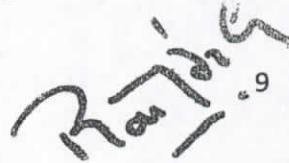
El artículo 4º del Acto Legislativo No. 01 de 2018 reza:

El presente acto legislativo rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

El precepto indica que la reforma constitucional está en vigor y, por ende, debe ser aplicado, pero para definir el alcance de esta última afirmación es menester establecer cuáles son las disposiciones que resultan contrarias al Acto Legislativo No. 01 de 2018.

El artículo 4º del Acto Legislativo en mención, establece una derogatoria tácita - *deroga todas las disposiciones que le sean contrarias* -, pues no indica específicamente los textos que pierden vigencia.

En los casos de derogatoria tácita, se debe proceder como lo disponen los artículos 71 y 72 del Código Civil y el tercero de



la Ley 153 de 1887, en consonancia con lo indicado en el artículo 9º de esta última, pues en estos eventos es la regla de interpretación judicial la que permite determinar la vigencia temporal de un contenido normativo, para superar el tránsito de legislación. Así lo tiene dicho la Corte Constitucional, en sentencia C – 353 de 2015:

No obstante, cuando la derogatoria es tácita, ya sea por la expedición de una norma posterior que es contraria a la anterior o por la entrada en vigor de una regulación integral sobre la misma materia, es necesario, vía interpretativa determinar si ha operado este fenómeno. En tal caso, si la norma en juicio continúa prestando efectos jurídicos es imperativo realizar el análisis correspondiente, pues la denominada carencia actual de objeto o substracción de materia no siempre debe conducir a una decisión inhibitoria, pues en el evento en que la norma cuestionada haya perdido su vigencia formal, es probable que, desde el punto de vista material, la misma siga produciendo efectos jurídicos o, lo que es igual, continúe proyectándose ultractivamente.

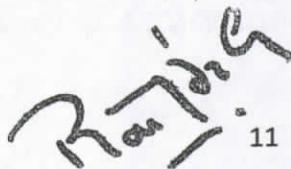
En aplicación de los criterios expuestos, considero que el Acto Legislativo No. 01 de 2018 tiene algunas consagraciones de garantías de naturaleza constitucional y por ende, de aplicación inmediata, y otras regulaciones cuya exigibilidad se sometió a reserva legal y por tanto hay que abstenerse a lo que la legislación existente determine o a falta de ésta, por la regulación que a futuro se haga en Ley posterior.

Son de orden superior y, por lo tanto, de aplicación inmediata, porque deroga las normas que le sean contrarias sin posibilidad de subsistir estas últimas, las garantías relacionadas con la separación de las funciones de investigación y juzgamiento, el derecho de los aforados constitucionales a una doble instancia a través de la apelación de la sentencia que se profiera, y la doble conformidad judicial de la primera sentencia condenatoria.

En cambio, son de reserva legal y, por lo tanto, su aplicación depende de la forma como esté regulada la materia en la Ley actualmente vigente o la que se profiera a futuro, como ocurre el rito del proceso para instruir o juzgar, incidentes procesales, impedimentos, recusaciones, notificaciones, práctica de pruebas o la impugnación de decisiones distintas de la sentencia (artículo 2º del artículo 235 de la Carta Política), entre otros.

Los aforados constitucionales, por regla general, se investigan y juzgan por el procedimiento previsto en la Ley 906 de 2004, a excepción de los Congresistas y los funcionarios sometidos a la competencia de la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes, quienes son investigados y juzgados por el trámite de la Ley 600 de 2000, tal y como se dispuso en el artículo 533 de la Ley 906 ibídem.

El trámite de la apelación de las sentencias tiene regulación expresa en la Ley 600 de 2000 y en la Ley 906 de 2004, los cuales deben ser aplicados frente a las situaciones reguladas por el Acto Legislativo No. 01 de 2018. El mandato constitucional creó la apelación de los fallos proferidos contra aforados constitucionales, no sólo en el artículo 2º del Acto Legislativo No. 01 de 2018, al prever la «doble instancia de la sentencia», sino también en el inciso 3º del artículo 1º ibídem, al precisar que «contra las sentencias que profiera la Sala Especial de Primera Instancia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia procederá el recurso de apelación» y, además, allí mismo se indicó la autoridad que debía resolver, «su


Rafael 11

conocimiento corresponderá a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia».

Obsérvese cómo está creado el recurso de apelación contra la decisión de categoría de sentencia, su procedimiento está regulado en las Leyes 906 de 2004 y 600 de 2000, y la Sala que debe resolver el asunto existe jurídicamente, la de Segunda Instancia de la Corte Suprema de Justicia. Ello significa que, al obrar la Sala actual en primera instancia y proferir el fallo, se debe admitir la procedencia de la impugnación por vía de apelación y las personas que deben fungir como Magistrados de segunda instancia, por corresponder a las mismas personas que profirieron el fallo en primera instancia (institución), han de ser sustituidos por con jueces, que en su condición obran como sala de segunda instancia.

Esto es lo que se ha hecho en la Corte, por ejemplo, en una acción de revisión, cuando un Magistrado del Tribunal es nombrado Magistrado de la Sala de Casación Penal y le corresponde un asunto que falló en primera instancia en el Tribunal de origen y los demás Magistrados de la Corte no pueden resolver porque profirieron el fallo de casación en ese asunto, lo resuelven los con jueces.

La apelación de decisiones distintas a la sentencia no fue sometida a reserva legal, porque mientras no se legisle sobre la materia debe aplicarse la ley 600 de 2000 y 906 de 2004, que no establecen la apelación de los autos y resoluciones interlocutorias en los procesos de competencia de la Sala de Casación Penal, régimen que se aplicaría, como se dijo, mientras una disposición no determine lo contrario.

¹²

Se crearon las Salas de Primera y Segunda Instancia y la de Instrucción, y sus competencias fueron expresamente reguladas por el Acto Legislativo No. 01 de 2018. Jurídicamente las Salas Especiales existen, pero materialmente operan a través de la actual Sala de Casación mientras se proveen los cargos correspondientes en propiedad. Este es el procedimiento que se ha aplicado cuando se crea una competencia para un juez de denominación y categoría diferente a los que venían conociendo de los procesos (asuntos del Juzgado Penal del Circuito a conocimiento de Jueces Penales del Circuito Especializados creados).

La facultad jurisprudencial a la que alude la sentencia C - 353 de 2015, ya citada, permite interpretar el artículo 234 de la Carta Política, modificado por el artículo 2º del Acto Legislativo No. 01 de 2018, en su inciso sexto, que prohíbe la asignación de asuntos a las Salas Especiales de los que correspondan a la Sala de Casación Penal, pero no lo contrario. En otras palabras, la prohibición es para el traslado de competencias de la Sala de Casación Penal a las Salas Especiales, no lo inverso, por lo cual la Sala actual sí puede cumplir funciones propias de las Salas Especiales, desde luego, mientras se posean sus magistrados. Esta es la regla jurisprudencial que en este momento aplica la Sala de Casación Penal, porque admite que mantiene la competencia para investigar, instruir y juzgar.

Lo dicho, significa que mientras se posean los Magistrados de las Salas Especiales, la Sala de Casación Penal actual, en virtud de lo ordenado en el Acto Legislativo No. 01 de 2018 y por la interpretación dada al artículo 2º de éste, los

Magistrados toman los procesos en el estado en que se encuentren para cumplir la función a que alude el A.L. 01 de 2018, esto es, si el proceso está en preliminares o investigación, la Sala fungirá como Sala de Instrucción; si el expediente está en trámite de Juzgamiento, lo hará como Sala de Primera Instancia; y si está conociendo en segunda instancia, lo hará en esta condición y lo harán acatando el trámite y las particularidades procesales que surjan de lo regulado por el Acto Legislativo y el código procesal aplicable.

El Acto Legislativo 01 de 2018, en consonancia con el artículo 9º de la Ley 153 de 1887, de manera perentoria eliminan la vigencia de los textos de las Leyes 906 de 2004 y 600 de 2000 que admitían los procedimientos penales y las sentencias penales de única instancia. Por tanto, sólo quedaron vigentes las disposiciones que regulan los procesos de primera instancia y segunda instancia, con apelación de la sentencia que se profiera.

La apreciación que se hace del Acto Legislativo No. 01 de 2018 para atribuirle el alcance de conllevar la suspensión de las investigaciones que actualmente adelanta la Corte durante el tiempo que tome la implementación de las Salas Especiales no es admisible, porque resultaría violatoria de las garantías fundamentales de los procesados – entre ellas, el acceso a la administración de justicia y el derecho a obtener una resolución célere de sus respectivos casos -, y desconocería que, conforme lo tiene discernido la Corte Constitucional, la administración de justicia es un derecho público esencial que debe prestarse de manera continua e ininterrumpida⁹, por lo que esa

⁹ Sentencia T - 1222 de 2004.

interpretación comprometería el interés general. Reafirma todo lo anterior el artículo 48 de la Ley 153 de 1887, al establecer que «los jueces o magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia».

5. Conclusión.

En síntesis, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia debe continuar conociendo de las investigaciones y juzgamientos penales contra aforados constitucionales, dándoles un trámite de primera instancia y admitiendo el recurso de apelación contra la sentencia proferida, así como también acatando el trámite de la impugnación por doble conformidad judicial contra la primera condena. Esa es la justicia que se debe administrar para todos los colombianos a partir del Acto Legislativo No. 01 de 2018, el que hizo regulaciones en las que están comprometidas garantías fundamentales, el interés público, el respeto por los fallos de la Corte Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

No puede permitirse la inseguridad y el caos jurídico, menos los señalamientos de justicia que se puedan endilgar a las decisiones que pongan fin a los procesos penales por no tramitarse la apelación contra las sentencias.

Por eso, me parece que mi propuesta es la menos traumática frente a las otras posturas presentadas en la Sala y que no comarto, y que corresponderían a que, i) la Corte no debe proferir sentencia en los procesos contra aforados

constitucionales porque no tiene competencia para hacerlo, o ii) como opina la mayoría de la Sala, que debe actuar y fallar en única instancia, sin atender el Acto Legislativo No. 01 de 2018, mientras se posesionan los Magistrados de las Salas Especiales.

6. El prevaricato, delito contra la administración de justicia.

La sentencia ubica el delito de prevaricato como un reato contra la administración pública, cuando es una conducta ejecutada en ejercicio de la función judicial por los procesados y, por ende, corresponde a un atentado contra la administración de justicia. Las razones en que apoyo esta aseveración han venido siendo expresadas reiteradamente por el suscrito y, para ello, me remito a lo dicho en el salvamento de voto de fecha 24 de octubre de 2016, radicado 46892.

7. Jurisprudencia establecida en el fallo de 27 de septiembre de 2017, radicado 39831.

En la decisión referida, se creó una línea jurisprudencial en la que se extiende a los allanamientos la obligación de reparar como mínimo el 50% y asegurar el recaudo del restante valor del incremento patrimonial para el procesado, como lo ordena el artículo 349 de la Ley 906 de 2004 en los preacuerdos.

Ese criterio jurisprudencial, decisión en la que no intervine porque estaba impedido, corresponde al pie de página número 37 del fallo proferido en el radicado 51142, el que no comparto y, como ese tema no es un problema jurídico de este asunto,

Radicado 51142
FERNANDO CASTAÑEDA CANTILLO
FÉLIX MARÍA GALVIS RAMÍREZ

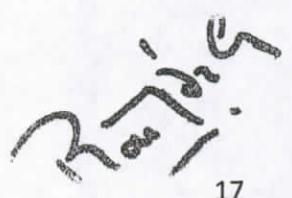
pero se cita, cuando sea procedente su consideración expresaré las razones por las cuales a través de la interpretación extensiva desfavorable a la situación jurídica de los procesados, no es posible que la jurisprudencia cree (defecto sustantivo) condiciones en tales términos, porque es un ámbito propio y exclusivo del legislador.

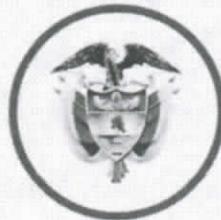
Cordialmente,



EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER
Magistrado

Fecha ut supra





República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

**SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA
SP364-2018, rad. 51142**

Con el habitual respeto por las decisiones de la mayoría, salvo mi voto porque en esta ocasión la Sala de Casación Penal no ha debido proferir sentencia, toda vez que, al hacerlo, se vulnera el derecho a la doble instancia y a la impugnación de la primera condena. Estas son las razones:

1. La doble instancia tiene una relación íntima con el debido proceso y, obviamente, con el derecho de defensa, en cuanto permite dar mayor eficacia al derecho de acceso a la administración de justicia y al ejercicio de la contradicción.
2. El estándar internacional exige disgregar los funcionarios que investigan de aquellos que juzgan, a la vez que contempla la garantía de impugnar la primera condena (artículos 8.2 h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Bajo ese orden, lo que se pretende asegurar es que toda persona, que ha sido condenada, tenga la

oportunidad de que su proceso sea revisado por una autoridad superior.

3. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido consistente en sostener que el propósito de la impugnación del fallo es proteger el derecho de defensa y asegurar que la sentencia adversa pueda ser repasada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía. Bajo ese orden, ha considerado que lo esencial es permitir un nuevo análisis de todos los aspectos –normativos, fácticos y probatorios- alegados por el recurrente y que puedan tener repercusión en la decisión.

En torno al canon 8.2 h de la Convención, ha indicado

99. La Corte ha sostenido que el artículo 8.2.h de la Convención se refiere a un recurso ordinario accesible y eficaz¹. Ello supone que debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada². La eficacia del recurso implica que debe procurar resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido³. Asimismo, el recurso debe ser accesible, esto es, que no debe requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho⁴. En ese sentido, la Corte estima que las formalidades requeridas para que el recurso sea admitido deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que el recurso cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente.

100. Debe entenderse que, independientemente del régimen o sistema recursivo que adopten los Estados Partes y de la

¹ [cita inserta en el texto trascrito] Cfr. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas, párrs. 161, 164, 165 y 167, y Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas, párrs. 88, 89 y 90.

² [cita inserta en el texto trascrito] Cfr. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 158 y Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 88.

³ [cita inserta en el texto trascrito] Cfr. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 161 y Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 90.

⁴ [cita inserta en el texto trascrito] Cfr. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 164 y Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 90.

denominación que den al medio de impugnación de la sentencia condenatoria, para que éste sea eficaz debe constituir un medio adecuado para procurar la corrección de una condena errónea. Ello requiere que pueda analizar cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada, puesto que en la actividad jurisdiccional existe una interdependencia entre las determinaciones fácticas y la aplicación del derecho, de forma tal que una errónea determinación de los hechos implica una errada o indebida aplicación del derecho. Consecuentemente, las causales de procedencia del recurso deben posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados de la sentencia condenatoria.

4. La Corte Constitucional, en aplicación de cánones convencionales y en observancia de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ocupó sobre el derecho a la impugnación y a la garantía de la doble instancia, y determinó que son estándares constitucionales autónomos y categorías conceptuales distintas e independientes que, en algunos casos, pueden coincidir, como ocurre

...en la hipótesis específica en la que, (i) en el contexto de un juicio penal, (ii) el juez de primera instancia (iii) dicta un fallo condenatorio. En este supuesto fáctico, el ejercicio del derecho a la impugnación activa la segunda instancia, y se convierte, entonces, en la vía procesal que materializa el imperativo de la doble instancia judicial, y a la inversa, con la previsión de juicios con dos instancias se permite y se asegura el ejercicio del derecho a la impugnación. (Cfr. CC C-792/14).

En la sentencia transcrita, el alto tribunal *exhortó* al Congreso de la República para que, en el término de un año contado a partir de la notificación de la determinación, regulara integralmente el derecho a impugnar todas las sentencias condenatorias, y previó que, de no expedirse la regulación por parte del órgano de representación popular, se entendería que procede la impugnación de todas las

sentencias condenatorias ante el superior jerárquico o funcional de quien impuso la condena.

Transcurrido el plazo, el Congreso de la República no legisló, y tampoco la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia pudo asegurar tales garantías. La regla prescrita por la Corte Constitucional era absolutamente imposible de ser verificada por la Corporación, no solo por su naturaleza, órgano de cierre, que, por su organización legal y reglamentaria, carece de superior sino por la ausencia de ley.

5. Solo hasta enero del año en curso, el Congreso de la República expidió el Acto legislativo 01 de 2018, por conducto del cual implementó el derecho a la doble instancia y a impugnar la primera sentencia condenatoria. Así, respecto de los delitos que cometan los congresistas, creó, al interior de la Sala de Casación Penal, la **Sala Especial de Instrucción**, encargada de investigar y acusar, y la **Sala Especial de Primera Instancia**.

En el artículo 1º, incisos 4 y 5, consagró:

Contra las sentencias que profiera la Sala Especial de Primera Instancia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia procederá el recurso de apelación. Su conocimiento corresponderá a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

La primera condena podrá ser impugnada.

Más adelante, en el canon 3º, que modificó el 235 de la Carta, señaló:

6. Resolver, a través de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, los recursos de apelación que se interpongan contra las decisiones proferidas por la Sala Especial de Primera Instancia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

7. Resolver, a través de una Sala integrada por tres Magistrados de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y que no hayan participado en la decisión, conforme lo determine la Ley, la solicitud de doble conformidad judicial de la primera condena, proferida por los restantes Magistrados de dicha Sala en los asuntos a que se refieren los numerales 1, 3, 4, 5 y 6 del presente artículo, o de las fallos que en esas condiciones profieran los Tribunales Superiores o militares.

6. Así las cosas, con la expedición del Acto Legislativo 01 de 2018 el panorama jurídico cambió diametralmente. La doble instancia y la doble conformidad deben ser garantizadas y la Corte Suprema de Justicia, como órgano máximo de la jurisdicción ordinaria, está impelida a asegurar su observancia en aras de demostrar su probidad y rectitud.

7. Por consiguiente, resulta indiscutible que la garantía de la doble instancia contra toda sentencia que profiera la Sala Especial de Primera Instancia y el derecho fundamental a la impugnación de la primera condena, son, no solo reconocidos actualmente por la Constitución Política, sino de aplicación inmediata, como surge del contenido del precepto 4º, según el cual: «*El presente acto legislativo rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias*», y su publicación en el Diario Oficial tuvo lugar el 18 de enero del año en curso.

La promulgación, según el precepto 52.2 del Código de Régimen Político y Municipal, es el acto de «*insertar la ley en el periódico oficial, y se entiende consumada en la fecha del número que termine la inserción*».

8. Dado que -lo ha recalcado la Corte Constitucional entre otras, en CC C-757/01- las normas constitucionales son de aplicación inmediata y no requieren «*reiteración de su contenido en normas de otra jerarquía para garantizar su efectividad (C.P., art. 4º)*», esas disposiciones del Acto Legislativo ya se encuentran vigentes y, por ende, resulta imposible excluir la doble instancia, como lo hizo la Sala en el fallo del cual me aparto.

9. La afirmación antedicha encuentra pleno respaldo en la Ley 153 de 1887, que en el artículo 9 establece: «*l/a Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente. Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubsistente*». Así mismo, se soporta en los preceptos 40 y 43, que instituyen reglas a aplicar cuando se advierta incongruencia en las leyes, exista oposición entre ley anterior y ley posterior, o frente el tránsito legal de derecho antiguo al nuevo. Su tenor es el siguiente:

Artículo 40. [Modificado por el art. 624, Ley 1564 de 2012]. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.

Artículo 43. La ley preexistente prefiere a la ley ex post facto en materia penal. Nadie podrá ser juzgado o penado sino por ley que haya sido promulgada antes del hecho que da lugar al juicio. Esta regla solo se refiere a las leyes que definen y castigan los delitos, pero no a aquellas que establecen los tribunales y determinan el procedimiento, las cuales se aplicarán con arreglo al artículo 40.

10. Ahora bien, el acto reformatorio de la Constitución no previó disposiciones transitorias en punto de su implementación y en la actualidad no se ha proferido la ley en virtud de la cual se establezca la logística para poner en marcha la Sala Especial de Instrucción y la Sala Especial de Primera Instancia, como así se reconoce en la sentencia de la cual me aparto. No obstante, a pesar de que tal funcionamiento operativo es imprescindible para garantizar la plena eficacia de la administración de justicia como fin y deber del Estado y que la persona contra la que se procede penalmente tiene derecho a que su actuación se adelante en forma pronta y oportuna, también lo es que ello no puede materializarse atropellando sus derechos constitucionales y legales, máxime cuando en la fecha el Acto Legislativo está rigiendo.

11. A mi juicio, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia puede continuar adelantando las actuaciones que están en curso, pero, **de ninguna manera**, dictar sentencia condenatoria.

12. En cuanto a lo primero, soy del criterio que en los procesos que actualmente adelanta la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en única instancia y

que se encuentran en etapa preliminar, instructiva y de juzgamiento -en los que no ha finalizado la audiencia pública-, puede proseguirse con la actuación que corresponda a fin de respetar el debido proceso como derecho fundamental, en tanto, no hacerlo, implicaría paralizar la justicia, máxime cuando, según lo prevé el artículo 48 de la Ley 153 de 1887 «*los jueces o magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia».*

Debo aclarar que, aunque la disposición trascrita prescribe la obligación de juzgar y podría entenderse implícita la de dictar sentencia, considero que -esta es la razón esencial de mi voto disidente- adoptar fallo viola la Constitución, habida cuenta la imposibilidad de garantizar la doble instancia y el derecho a impugnar la primera condena, que hoy se encuentran consagrados en la Carta.

13. El Juez natural, para proferir sentencia, es, conforme al Acto Legislativo, uno distinto a la Sala de Casación Penal, la cual solo conoce en segunda instancia, no en primera, pues, para el efecto, se instituyó la Sala Especial de Primera Instancia.

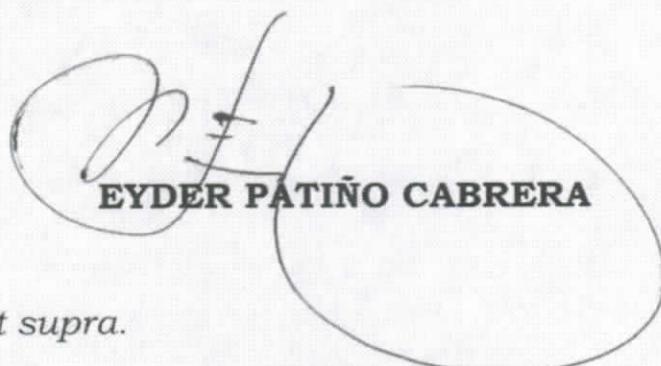
14. Las normas procedimentales, según jurisprudencia de la Corte Constitucional, se deben leer a la luz del principio de instrumentalidad de las formas (artículo 228 de la Carta Política), es decir, que «*su respeto es predictable en cuanto cumple un fin*». (Cfr. CC A017/06). Por ende, la

sentencia que ha dictado la Sala de Casación Penal conlleva el incumplimiento del fin para el cual fue concebido el Acto Legislativo 01 de 2018.

15. Así que para respetar la garantía de la doble instancia y el derecho fundamental de impugnación de la condena, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha debido abstenerse de proferir sentencia condenatoria, para no incurrir en una extralimitación en el ejercicio de sus funciones (artículo 6 de la Constitución Política), así la misma sea anticipada, como ocurre en esta ocasión.

Lo anterior porque esa providencia, pese a ser, en principio, compartida en su sentido condenatorio por el procesado, puede ser objeto de controversia en aspectos relacionados con la dosificación punitiva, los subrogados penales y los mecanismos sustitutivos de la pena. Se le estaría cercenando al sentenciado la posibilidad de alegar inconformidad y enseñar, eventualmente, alguna falencia en la labor judicial.

16. Conforme a los razonamientos que preceden, ninguna observación haré respecto del fondo del asunto abordado en la sentencia.



EYDER PATIÑO CABRERA

Fecha *ut supra*.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

SALVAMENTO DE VOTO

Con mi habitual respeto por las decisiones de la mayoría, paso a exponer las razones que en esta oportunidad me obligan a apartarme de ella y a sostener la tesis según la cual, a partir de la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2018, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia perdió competencia constitucional para proferir sentencia en los procesos de única instancia.

I. La tesis mayoritaria.

El fundamento central de la determinación de la que disiento se concreta en que la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2018 no implica que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia pierda inmediatamente competencia para adelantar las funciones de investigación, acusación y juzgamiento en única instancia a los funcionarios a quienes la Constitución Política otorgó ese privilegio.

Lo anterior por cuanto la Sala considera que mantiene de forma plena sus competencias, hasta tanto entren en funcionamiento las Salas Especiales creadas por la reforma constitucional referida, de un lado, porque en la actualidad los

nuevos órganos por ella previstos no se hallan en funcionamiento y, de otro, porque el acto reformatorio carece de normas de índole transitorio que viabilicen su inmediata implementación, lo cual, sumado a la condición de servicio público, impide que su labor pueda ser interrumpida y que la Sala, en consecuencia, deba prorrogar sus competencias incluyendo la de proferir sentencias.

II. Naturaleza Jurídica del Acto Legislativo 01 de 2018.

El Acto Legislativo 01 del 18 de enero de 2018, materializa una reforma a la parte orgánica de la Carta Política nacional – artículos 186, 234 y 235- que crea dos Sala especiales en la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia: la Sala Especial de Instrucción, para investigar y acusar criminalmente a los miembros del Congreso, y la Sala Especial de Primera Instancia, encargada de adelantar los juicios y proferir sentencia en primera instancia.

Igualmente, el Acto Legislativo establece el recurso de apelación ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, contra las sentencias que profiera la Sala Especial de Primera Instancia, y el derecho a impugnar la primera condena que se profiera por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

De esta manera, el Acto Legislativo 01 de 2018 ostenta el carácter de norma constitucional que: (i) garantiza la separación entre las funciones de investigación y juzgamiento de los aforados constitucionales, (ii) garantiza el recurso de

apelación contra las sentencias de primer grado emanadas de la Sala Especial de Primera Instancia y, (iii) reconoce el derecho a la impugnación de la primera condena proferida por la Sala de Casación Penal de Corte Suprema de Justicia.

III. El debido proceso constitucional para los aforados constitucionales.

Con anterioridad a la promulgación del Acto Legislativo 01 de 2018, la Constitución Política nacional preveía que la investigación y el juzgamiento de aforados constitucionales se llevara a cabo mediante un proceso de única instancia surtido ante la Corte Suprema de Justicia, en el cual no se hallaba prevista la posibilidad procesal de impugnar los fallos, incluso los de condena, puesto que, al no existir superior jerárquico de la Sala de Casación Penal como órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en tal ámbito jurídico, resultaba inviable la concesión de tal derecho.

Una regulación en tal sentido contrariaba el texto Superior en sus artículos 13, 29 y 31. Al primero de ellos, porque establecía una clara violación al derecho a la igualdad en las condiciones de investigación y juzgamiento de los ciudadanos colombianos; el segundo, consagratorio del derecho al debido proceso aplicable a *toda clase* de actuaciones judiciales y administrativas y el derecho a impugnar la sentencia condenatoria como una de sus expresiones, reconocido en el ámbito internacional por el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y por el canon 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por cuanto

cercena el impugnar la sentencia condenatoria y; el tercero, por violación a la garantía de la doble instancia de las sentencias judiciales.

Debido a ello, la Corte Constitucional, por medio de la Sentencia C-792 de 2014 declaró la inconstitucionalidad condicionada de los preceptos que omitían la posibilidad de impugnar todas las sentencias condenatorias y difirió sus efectos a un año, con el propósito de que el Congreso de la República regulara integralmente dicho derecho, proceso culminado con la expedición del Acto Legislativo 01 de 2018, que constituye norma constitucional posterior favorable para la aplicación de tales prerrogativas.

IV. Argumentos constitucionales que controvertan la tesis mayoritaria.

Desde mi perspectiva, desde el ámbito constitucional, existen diversos argumentos que contrariarían la postura de mayorías, y que me llevan a concluir que la Sala de Casación penal de la Corte Suprema de Justicia no podía, ni en este, ni en otro de igual estirpe, emitir sentencia:

- 1. Las reformas a la parte orgánica de la Constitución deben ser interpretadas de conformidad con los derechos fundamentales y las garantías procesales**

De tiempo atrás, la Corte Constitucional ha sostenido que la introducción de modificaciones a la parte orgánica de la Carta Política, tal y como sucede con las reformas al sistema de investigación y juzgamiento penal, deben ser interpretadas de conformidad con las cláusulas de derechos fundamentales y garantías procesales.

Así por ejemplo, cuando el constituyente derivado expidió el Acto Legislativo 03 de 2002, mediante el cual se creó un sistema penal de tendencia acusatoria, el Tribunal Constitucional, en Sentencia C-591 de 2005, precisó que los contenidos de dicha enmienda debían acompañarse con la parte dogmática de la Carta Política, así lo sostuvo la guardiana de la Constitución:

“... una labor hermenéutica del procedimiento penal, deberá tener en cuenta no sólo las normas contenidas en el Código respectivo, sino que además es fundamental en dicha tarea, tener en cuenta no sólo las normas del Acto legislativo 03 de 2002, sino las demás disposiciones pertinentes de la Constitución, incluidas aquellas que se integran al bloque de constitucionalidad, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 93 Superior, en especial, con los artículos 8, 9 y 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al igual que con los artículos 4 y 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.”

En el mismo fallo, la Corte Constitucional insistió en que, si bien el Acto Legislativo 03 de 2002 introdujo cambios profundos en el sistema procesal penal colombiano (vgr. separaciones de las funciones de investigación y

juzgamiento, creación del juez del control de garantías, carácter excepcional de las capturas por parte de la Fiscalía General de la Nación, entre otras), también lo era que en virtud del principio de unidad de la Constitución, aquéllos “*deben interpretarse y aplicarse en forma tal que guarden armonía con los principios generales y los derechos fundamentales consagrados en el texto constitucional*”.

De tal suerte que, cualquier modificación introducida a los artículos constitucionales referentes a las instancias y procesos de investigación y juzgamiento penales, debe ser interpretada a la luz de la Carta de Derechos, consagrada en la parte dogmática de la Carta Política.

En el caso concreto, los contenidos del Acto Legislativo 01 de 2018, mediante el cual se modifican los artículos 186, 234 y 235 Superiores y se implementa la garantía de la doble instancia y el derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria, no pueden ser entendidos y aplicados de manera insular, sino de conformidad con el derecho fundamental al debido proceso, y especialmente, en armonía con el bloque de constitucionalidad, cuya preservación y respeto fue justamente lo que motivó la expedición del aludido Acto reformatorio de la Constitución.

2. Aplicación del test de ponderación en relación con los contenidos del Acto Legislativo 01 de 2018.

La tesis mayoritaria de la Sala sostiene que, en aras de garantizar la continuidad del administración de justicia, en

tanto se implemente la creación de las Salas Especiales encargadas de investigar y juzgar en primera instancia a los funcionarios aforados, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia conserva su competencia, incluso para proferir sentencias. El referido planteamiento no se ajusta a los métodos de interpretación constitucionales contemporáneos, en especial, el denominado test de ponderación.

En efecto, la carencia de un régimen de transición, aunado a la inexistencia previa de los órganos de investigación y juzgamiento justificaría, *prima facie*, la respuesta acordada por postura de la que me distancio. Sin lugar a dudas, en un Estado Social de Derecho resultaría inaceptable la parálisis que sufriría el Máximo Tribunal de la Justicia Ordinaria por cuenta de la tardanza administrativa que suele comportar la puesta en marcha de nuevas instancias judiciales.

No obstante lo anterior, la solución no consiste en aplazar, vía judicial, la aplicación de una reforma al Texto Fundamental, sino en resolver el problema recurriendo a los métodos aplicables por la justicia constitucional, dada la naturaleza jurídica de la normatividad en juego.

En el caso concreto, se presenta una tensión entre, por una parte, la necesaria continuidad de la prestación del servicio público de administración de justicia (bien jurídicamente amparado) y, por la otra, las garantías procesales a la doble instancia y el derecho impugnar la primera sentencia condenatoria (derechos fundamentales).

De conformidad con los criterios orientadores del test de ponderación, la solución en estos casos no se encuentra en desconocer uno de los elementos de la relación, sino en hallar fórmulas intermedias (subreglas constitucionales), que permitan, en la mayor medida de lo posible, asegurar la vigencia de cada uno de ellos.

En este orden de ideas, dos soluciones al dilema planteado resultaría ser constitucionalmente inadmisibles, la primera, sostener que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia puede continuar conociendo de los procesos seguidos contra los aforados, inclusive dictando sentencia y; la segunda, afirmar que, desde la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2018 la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia perdió por completo competencia para seguir conociendo de los procesos adelantados contra aforados.

El primer planteamiento haría prevalecer por completo la vigencia de un bien jurídicamente amparado (continuidad de la administración de justicia) sobre las garantías procesales (derecho fundamental). Esta solución, en la práctica, invalida por completo la vigencia de la reforma constitucional. En otras palabras, el criterio de los jueces ordinarios terminaría imponiéndose sobre la voluntad del constituyente derivado, lo cual resulta inadmisible en un Estado Social de Derecho.

El segundo planteamiento, apuntaría a paralizar por completo la importante labor desempeñada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con el consiguiente desmedro de los intereses procesales de los ciudadanos que tienen interés jurídico en ellos.

Como resultado del referido test de ponderación, se impone la creación de la siguiente subregla constitucional: Si bien la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia puede seguir adelantando sus labores de investigación y juzgamiento de aforados, carece de competencia para dictar fallo en relación con los mismos.

Se trata de una fórmula que logra un equilibrio entre los imperativos de la administración de justicia y la preservación de las garantías procesales. Es más, esta subregla constitucional se acompasa con las técnicas usualmente empleadas en el derecho legislado colombiano en materia de vigencia de las leyes procesales en el tiempo, según las cuales, los trámites iniciados deben finalizarse con las normas procesales vigentes.

V. Vigencia, eficacia e implementación de las normas constitucionales

La determinación de los efectos en el tiempo del Acto Legislativo 01 de 2018, pasa por comprender las diferencias teóricas existentes entre los conceptos de vigencia, eficacia e implementación de las reformas constitucionales.

La Corte Constitucional, en sentencia C-873 de 2003, señaló las diferencias entre los señalados conceptos jurídicos así:

"La "eficacia" de las normas puede ser entendida tanto en un sentido jurídico como en un sentido sociológico; es el primero el que resulta relevante para efectos del asunto bajo revisión. El sentido jurídico de "eficacia" hace relación a la producción de efectos en el ordenamiento jurídico por la norma en cuestión; es decir, a la aptitud que tiene dicha norma de generar consecuencias en derecho en tanto ordena, permite o prohíbe algo. Por su parte, el sentido sociológico de "eficacia" se refiere a la forma y el grado en que la norma es cumplida en la realidad, en tanto hecho socialmente observable; así, se dirá que una norma es eficaz en este sentido cuando es cumplida por los obligados a respetarla, esto es, cuando modifica u orienta su comportamiento o las decisiones por ellos adoptadas.

La "vigencia" se halla íntimamente ligada a la noción de "eficacia jurídica", en tanto se refiere, desde una perspectiva temporal o cronológica, a la generación de efectos jurídicos obligatorios por parte de la norma de la cual se predica; es decir, a su entrada en vigor. Así, se hace referencia al periodo de vigencia de una norma determinada para referirse al lapso de tiempo durante el cual ésta habrá de surtir efectos jurídicos. La regla general en nuestro ordenamiento es que las normas comienzan a surtir efectos jurídicos con posterioridad a su promulgación, según lo determinen ellas mismas, o de conformidad con las normas generales sobre el particular. El verbo "regir" es utilizado por las normas para hacer referencia a su vigencia, entendida en este sentido.

(...)

Finalmente, la "implementación" de una norma hace referencia al proceso por medio del cual la política que dicha norma articula jurídicamente es puesta en ejecución; se trata de una serie ordenada

de pasos, tanto jurídicos como fácticos, predeterminados por la misma norma –o por aquellas que la desarrollen–, encaminados a lograr la materialización, en un determinado período de tiempo, de una política pública que la norma refleja. Por lo mismo, la noción de “implementación” tiene una dimensión jurídica, una dimensión material o fáctica y una dimensión temporal, cuyo contenido habrá de ser determinado por el Legislador. Analíticamente, una política pública primero es diseñada y luego es implementada. La articulación jurídica del diseño de la política conlleva que la implementación futura de ésta no sea sólo política sino también judicial”.

En el caso concreto, el Acto Legislativo 01 de 2018 se encuentra vigente, por cuanto, de conformidad con su artículo 4º, “*rige a partir de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias*”. De allí que se trata de una norma jurídica existente, y por ende, despliega todos sus efectos jurídicos vinculantes. En consecuencia, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia no puede inaplicar la reforma constitucional, preservando su competencia de dictar sentencias de única instancia para los casos de los aforados constitucionales.

Lo que sucede es que la plena eficacia de la reforma constitucional, es decir, sus efectos prácticos, se alcanzarán cuando se culmine el proceso de implementación del Acto Legislativo 01 de 2018.

Así las cosas, me resulta forzoso concluir que hoy por hoy, a los aforados constitucionales les es atribuible la garantía de la doble instancia al igual que el derecho a la impugnación de la sentencia condenatoria, lo cual conlleva a la pérdida de

competencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia para proferir fallos en sus procesos.

Sin embargo, dado que la implementación de la reforma constitucional presupone la creación de nuevos órganos de investigación y juzgamiento, en el interregno, la referida Sala preserva su competencia para continuar avanzando en sus procesos, con miras, precisamente, a evitar una indebida parálisis en la prestación del servicio público de administración de justicia.

VI. Conclusión

En mi concepto, la inexistencia de un régimen de transición, aunado a los trámites que deben surtirse para una adecuada implementación del Acto Legislativo 01 de 2018, no pueden conducir a un resultado inaceptable desde una perspectiva constitucional, cual es, que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se declare competente para proferir fallos de única instancia en el caso de los aforados constitucionales negándoles la posibilidad de ejercer la garantía de la segunda instancia y el derecho fundamental a la impugnación de la primera condena.

Tal interpretación, en la práctica, significa desconocer la existencia y validez de una reforma constitucional, por demás favorable a los intereses de los procesados, y adicionalmente, establecer un tratamiento desigual e inaceptable entre dos variedades de aforados: aquellos que una vez culminada la fase de implementación, puedan ejercer su derecho a la doble

instancia, y por el otro, quienes en la actualidad, a pesar de la entrada en vigor de una enmienda constitucional, se ven despojados de tal garantía procesal.

Son estos razonamientos los que me llevan a discrepar de la respetable decisión mayoritaria.



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado

Fecha ut supra.

27 FEB. 2018