



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

FABIO OSPITIA GARZÓN

Magistrado Ponente

La información que permite identificar o individualizar a las personas mencionadas en esta decisión, fue suprimida por la Relatoría de la Sala de Casación Penal, de conformidad con lo ordenado en el resuelve de esta providencia, para que el contenido de la providencia pueda ser consultado sin desconocer el artículo 15 de la Constitución y demás derechos fundamentales que puedan resultar afectados.

SP5634 – 2021

Impugnación Especial No. 51142

Acta No. 328

Bogotá D.C., nueve (09) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

I. VISTOS

Resuelve la Sala la impugnación especial propuesta por la defensa de **FMGR** contra la sentencia CSJ SP364 proferida el 21 de febrero de 2018 por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, por medio de la cual, por vía de allanamiento a cargos, lo condenó por la

comisión de los delitos de concierto para delinquir, peculado por apropiación en favor de terceros en concurso homogéneo sucesivo y prevaricato por acción en concurso homogéneo sucesivo.

Además, se pronunciará sobre la extinción de la acción penal por muerte del procesado **FCC**.

II. ANTECEDENTES FÁCTICOS Y PROCESALES

Así fueron referidos por la Corporación en la providencia que se examina en sede de impugnación especial:

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 [...], 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 1º y 2º Laborales del Circuito de Cúcuta, las demás correspondieron a los despachos 3º y 4º 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 4º.

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 FCC , FMGR, 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 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 [...] y otros dos litigantes, se asociaron con jueces laborales del circuito [de] Cúcuta y con los Magistrados del Tribunal Superior de esa ciudad, doctores FCC y FMGR,, 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.

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 ídem), 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

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, 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.

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 FCC los delitos de concierto para delinquir (artículo 340 del Código Penal), peculado por apropiación en favor de terceros (artículo 397 ídem), 12 agravados (inciso 2º ídem), 6 simples (inciso 1º ídem) y 2 atenuados (inciso 3º ídem) en concurso homogéneo y sucesivo, y 20 prevaricatos por acción (artículo 413 ídem), bajo la misma forma concursal, cargos que fueron aceptados por el hoy enjuiciado. Igual imputación jurídica se le formuló a FMGR 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 FCC y FMGR.

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 [negrilla original del texto].

Agotada la audiencia de individualización de pena y sentencia prevista en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, por entonces en trámite de única instancia, profirió la sentencia CSJ SP364–2018, 21 feb. 2018, rad. 51142, por medio de la cual:

(i) Declaró penalmente responsables a **FCC** y **FMGR**, como coautores de los delitos de concierto para delinquir, peculado por apropiación en favor de terceros agravado en concurso homogéneo sucesivo y prevaricato por acción en concurso homogéneo sucesivo (respectivamente, artículos 340, 397 y 413 del Código Penal).

(ii) Condenó a **CC** a 21 años, 9 meses y 24 días de prisión, 153 meses y 18 días de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y multa de 32.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

(iii) Condenó a **GR** a 22 años, 8 meses y 2 días de prisión, 158 meses y 12 días de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y multa de 33.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Y,

(iv) Impuso a ambos la inhabilitación intemporal para el ejercicio de derechos y funciones públicas, contemplada en el inciso 5º del artículo 122 de la Constitución Política y negó la suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad y la prisión domiciliaria².

Aun cuando inicialmente la Sala mayoritaria³ concluyó que contra el mencionado fallo no procedía recurso alguno, en proveído CSJ AP3982–2019, 17 sep. 2019, rad. 51142,

² Sin embargo, en el caso de **FCC** se dispuso que continuara gozando de la detención domiciliaria, hasta tanto el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad se pronunciara sobre la prisión domiciliaria, con fundamento en el nuevo dictamen que el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses debía realizar al condenado.

³ Contó con los salvamentos de voto de los Magistrados JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA, EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER y EYDER PATIÑO CABRERA.

en concordancia con lo previsto por la Corte Constitucional en sentencia CC SU-373-2019, oficiosamente admitió la posibilidad que la primera condena proferida en contra de **FCC** y **FMGR** fuera revisada por jueces diferentes a los que la profirieron, con miras a garantizar el derecho a la doble conformidad judicial de los aforados constitucionales, dada su condición de Magistrados de Tribunal de Distrito Judicial.

Desarchivadas las diligencias e interpuestos sendos medios de refutación por los profesionales del derecho que representan los intereses de los sentenciados, llega a esta Sala el expediente, con miras a su resolución en sede de impugnación especial.

III. LA SENTENCIA IMPUGNADA

Luego de referirse a la aceptación unilateral de cargos en la Ley 906 de 2004, la Sala *a quo* realizó un análisis de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, acopiados por el ente persecutor en desarrollo de la indagación, en orden a establecer la comisión de los delitos imputados por la fiscalía y aceptados por los procesados, así como su responsabilidad penal en ellos.

En lo que respecta al punible de **concierto para delinquir**, precisó que la convergencia de voluntades con fines ilegales se remontó a inicios del año 2010 y se prolongó hasta finales de 2011, es decir, se extendió por

casi dos años, lo que evidenciaba que la asociación tenía una vocación de permanencia en el tiempo.

Su propósito consistió en ejecutar conductas punibles indeterminadas, aunque determinables en su especie, pues se buscaba favorecer mediante fallos ilegales (prevaricato por acción), a un número indefinido de empleados y extrabajadores de ECOPETROL que, a través de varios abogados, 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 este orden, advirtió que los entonces funcionarios judiciales **FCC** y **FMGR** incurrieron en la conducta en mención, 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).

En cuanto a la conducta delictiva de **prevaricato por acción**, explicó que no existe discusión frente a la calidad de servidores públicos que ostentaban los procesados 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 del Distrito Judicial de Cúcuta.

Tampoco se ha controvertido que los fallos de tutela T-1828, T-1836, T-2000, T-2038, T-2061, T-2071, T-2076, T-2077, T-2080 y T-2094 (todas de 2010) y, T-2100, T-2104, T-2105, T-2111, T-2113, T-2121, T-2122, T-2183, T-2193 y T-2196 (de 2011), fueran emitidos por los acusados en ejercicio de sus funciones.

A efecto de verificar si las sentencias de amparo revestían el carácter de manifiestamente contrarias a la ley, la Sala contextualizó la situación y el momento en que se profirieron, de acuerdo con los siguientes ejes temáticos:

(i) 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.

(ii) 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, denominada «*Plan 70*», que exige al trabajador haber cumplido 50 años de edad y 20 de servicios a esa empresa. Y,

(iii) Tres sentencias de amparo, en las que los demandantes solicitaron su reintegro a ECOPETROL: en un caso, por haber sido despedido por su condición de discapacidad (T-2061/10) y en otros dos por

desvinculárseles como consecuencia de la declaratoria de ilegalidad de la huelga del año 2004 (T-2183 y T-2193 de 2011). En este 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.

Explicó la Sala que las consideraciones plasmadas en los fallos de tutela analizados se apartaron ostensiblemente de las normas que regulan la herramienta constitucional en cuanto a temeridad (en tres casos) y, requisitos de inmediatez (doce asuntos) y subsidiariedad (en diecinueve de los veinte fallos objeto de censura), así como a la pacífica doctrina de la Corte Constitucional en los referidos temas.

Y, en el caso concreto de la adición del fallo T-2061/10, la argumentación expuesta por los acusados desdeñó la jurisprudencia constitucional en cuanto a la procedencia de la condena en perjuicios.

Además, en sede de tipicidad subjetiva, la Sala concluyó que los medios de convicción aportados resultaban suficientes para acreditar que el proceder de los implicados al acceder a las pretensiones de los accionantes, no fue producto de la casual inobservancia de la normatividad pertinente o de la doctrina 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 lo concerniente al injusto de **peculado por apropiación en favor de terceros**, la Sala explicó que el tipo objetivo surge en razón a que, en su condición de funcionarios judiciales, **FCC** y **FMGR** dispusieron jurídicamente del patrimonio de ECOPETROL –empresa de economía mixta del orden nacional–, al proferir 20 fallos de tutela enderezados a que 542 trabajadores y exempleados de dicha empresa se apropiaran del dinero producto de las órdenes de pago impartidas a la compañía petrolera.

Aunado a ello, las decisiones de amparo contrarias a la ley fueron emitidas 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 se dirigía a justificar el desembolso a favor de los actores, por un valor cercano a los \$109.472'162.193,00.

Reiteró la primera instancia que los implicados asumieron el conocimiento de las acciones de tutela, no obstante que en Cúcuta 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 acreditó el ingrediente subjetivo del tipo penal.

La Sala precisó que no todas las apropiaciones tuvieron la misma cuantía, pues, conforme al salario mínimo legal mensual vigente para los años 2010 y 2011, según el caso: (i) doce excedieron los 200 s.m.l.m.v. y serían agravadas en virtud del inciso 2º del artículo 397 del Código Penal, mientras que, (ii) seis, sin exceder de aquel tope, superaron los 50 s.m.l.m.v. (inciso 1º *idem*) y, (iii) las dos restantes fueron inferiores a este último límite (inciso 3º *idem*).

Por último, el *a quo* se ocupó del proceso de individualización de pena, en el que, establecidas las cifras correspondientes para cada una de las penas principales y accesorias frente a la totalidad de conductas punibles, por allanamiento a cargos en la fase de imputación, en el caso de **CC** redujo la pena en un 36%, y en el de **GR** el descuento punitivo fue del 34%, con los resultados atrás mencionados, porcentajes que sellaron la improcedencia de los mecanismos sustitutivos de la pena intramural, en razón al incumplimiento del factor objetivo para su concesión, o a la exclusión de beneficios de que trata el artículo 68A del Código Penal.

IV. DE LA IMPUGNACIÓN ESPECIAL Y SU OPOSICIÓN

En virtud de la decisión que finalmente se adoptará en el caso del procesado **FCC**, como adelante se precisará,

inoficioso resulta mencionar el escrito impugnatorio allegado por su mandatario judicial.

Por tanto, esta providencia versará exclusivamente en punto de los fundamentos refutatorios plasmados por la defensa técnica de **FMGR** y, en el mismo sentido, los esgrimidos como no recurrentes por los demás sujetos procesales e intervinientes, aclarándose que, aunque la Procuradora Tercera Delegada ante esta Corporación intervino con ese propósito, su escrito no será relacionado, habida cuenta que se presentó de manera extemporánea.

4.1 Recurrente

4.1.1 Como «*tesis principales*» de impugnación, enuncia que la Sala de Casación Penal y los Magistrados que cumplieron funciones de control de garantías, al «*impartir aprobación integral al allanamiento a cargos*» realizado por el procesado **GR**, incurrieron en los siguientes desaciertos:

(i) En lo que respecta al prevaricato por acción, se presentó violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación de la garantía fundamental del principio de legalidad, en razón a que **GR** aceptó cargos «*sobre una base fáctica **atípica objetivamente**, es decir, que NO constituía delito alguno, al evidenciarse que sus 20 fallos fueron decisiones que NO resultaban manifiestamente contrarios al ordenamiento jurídico colombiano preexistente, sino*

plenamente ajustados a los cánones del mismo» [negrilla y mayúscula original del texto].

(ii) Con relación al peculado por apropiación en concurso homogéneo, indicó que *«los 20 pagos realizados NO crearon un riesgo jurídicamente desaprobado al haberse realizado dentro del riesgo permitido y no ser, por lo tanto, objetivamente imputables a mi defendido»*. Y,

(iii) En lo relativo al concierto para delinquir, se desconoció el debido proceso por afectación de la garantía sustancial a la presunción de inocencia, al no existir un *«mínimo de prueba que razonablemente permitiera inferir su autoría o participación en la conducta imputada y la tipicidad de la misma»*.

4.1.2. En desarrollo de estos planteamientos, frente a los hechos imputados como prevaricatos por acción, después de citar jurisprudencia de la Sala Penal de esta Corporación y de la Corte Constitucional, el recurrente explicó que:

4.1.2.1. Los fallos de tutela T-2105, T-2111 y T-2113 de 2011 no vulneraron las reglas referidas a la temeridad, por cuanto, a pesar de la interposición de acciones de tutela anteriores, surgían circunstancias fácticas, jurídicas o probatorias adicionales, o eventos novedosos de los que se derivaba la configuración de vulneración a derechos constitucionales.

4.1.2.2. Las sentencias T-1828, T-1836, T-2000, T-2038 y T-2071 de 2010 y, T-2080, T-2094, T-2121, T-2122, T-2183, T-2193 y T-2196 de 2011 no transgredieron el requisito de inmediatez, pues, al analizar caso por caso, se verificó que, (i) en cada uno de los fallos existió motivación «*racional, plausible y razonable*» acerca del cumplimiento de aquel requisito; (ii) citaron varios precedentes que apoyaban la postura jurídica particular y la aplicación al caso concreto; y, (iii) el concepto de inmediatez posee «*una textura altamente abierta, subjetiva y nunca cerrada que permitan considerar compatibles sus estructuras configurativas con las acciones de tutela interpuestas y decididas mediante los fallos cuestionados, sin que cupiese **una única respuesta posible***» [negrilla original del texto].

4.1.2.3. Bajo idénticas premisas, explicó que ninguno de los fallos de amparo vulneró el requisito general de subsidiariedad.

4.1.2.4. Como «*conclusión general*» sobre los veinte cargos de prevaricato, manifestó que todas las sentencias adoptadas por **FMGR** resultaron atípicas objetivamente, al no ser manifiestamente contrarias al ordenamiento jurídico, por cuanto:

(i) contienen una argumentación conforme a posturas jurídicas plausibles en torno a la procedencia de la tutela en los diversos temas constitucionales resueltos;

(ii) se dio respuesta a los argumentos de impugnación;

(iii) mantuvieron coherencia externa entre todos ellos, lo que evidencia una misma línea de pensamiento en torno a la tesis jurídica defendida;

(iv) la argumentación respetó las leyes de la racionalidad (de la lógica formal) y «**sustantivamente también fue razonable pues realizaron análisis de justicia y maximización de valores constitucionales**» [negrilla original]; y

(v) los requisitos y reglas supuestamente vulnerados por el procesado «*eran conceptos jurídicos indeterminados*» en los que existían precedentes constitucionales que apoyaban su postura, informaban ambigüedad conceptual y vaguedad en torno a su alcance real y hacían parte de un grupo de instituciones jurídicas altamente discutibles, razón por la cual, optar por una posición hermenéutica no podría resultar una tesis manifiestamente contraria a la ley.

4.1.3. En cuanto a la atipicidad objetiva de los hechos imputados como peculado por apropiación, el recurrente, luego de justificar por qué «*aplica la imputación objetiva a delitos dolosos*», explicó que:

(i) para que los pagos realizados pudieran considerarse delictivos, resultaba necesario que ellos constituyeran la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado;

(ii) la fuente de la desaprobación del riesgo se encontraría en la prevaricación o manifiesta ilegalidad de los veinte casos decididos;

(iii) sin embargo, en el caso concreto, todos los fallos de tutela estuvieron conformes a derecho;

(iv) en consecuencia, los pagos realizados no podían atribuirse como peculados por apropiación, por no constituir un peligro jurídicamente desaprobado y enmarcarse en el riesgo permitido, generado por la obligación jurídica de cumplir decisiones de tutela emitidas legalmente; y,

(v) conforme a las anteriores premisas, **FMGR** aceptó cargos por peculados por apropiación jurídicamente inexistentes, esto es, por hechos que no encajaban en tales conductas punibles.

4.1.4. Frente al concierto para delinquir, el impugnante sostiene que esta delincuencia no contó con un mínimo de prueba acerca de la existencia del convenio y de la intervención de su defendido en un acuerdo previo.

Luego de citar los argumentos de la Sala *a quo*, referidos al injusto en mención, el recurrente plantea sus contraargumentos, con los que explica que la existencia de un correo electrónico de un litigante, no indica que éste tuviera acuerdos con otros colegas, jueces o magistrados,

pues nada de eso dice el mensaje, sino que ello está en la «*imaginación de la Corte*».

El correo tampoco revela que el acuerdo entre abogados tuviera por fin la comisión de delitos, razón por la que se realiza una «*tergiversación absurda*» [original en negrilla] del mensaje, «*constituye una violación indirecta de la ley sustancial por falso juicio de identidad*».

En conclusión, para el recurrente, en el momento en que **GR** aceptó cargos, no existía el mínimo de prueba a partir del cual se pudiera deducir: (i) la tipicidad u ocurrencia de un concierto para delinquir, y (ii) la efectiva y real participación en el mismo de su prohijado.

4.1.5. Como «*primera tesis subsidiaria*» de impugnación, el inconforme plantea la retractación del allanamiento a cargos, derivada de vicios en el consentimiento de **FMGR**, al no encontrarse para aquella etapa procesal libre de cualquier apremio, pues, por su avanzada edad y temor a la cárcel, ante la manifestación que realizó el delegado fiscal de apoyar la petición de un subrogado penal, decidió aceptar responsabilidad por unos hechos atípicos y sobre los que no existía un mínimo de prueba.

Allega como «*prueba nueva de lo sucedido: la entrevista notariada que rindiera mi defendido el día 18 de octubre de 2019*».

4.1.6. En una «segunda tesis subsidiaria» invoca una nulidad por «**ausencia de hechos jurídicamente relevantes completos en la IMPUTACIÓN de cargos y mutación del núcleo fáctico de la misma en la sentencia**» [negrilla, subrayado y mayúscula sostenida original del texto].

En su desarrollo, refirió jurisprudencia de la Sala de Casación Penal relacionada con la temática de hechos jurídicamente relevantes en cada una de las conductas delictivas de que se habla, con lo cual explicó que, con la ausencia de aquellos requisitos jurisprudenciales mínimos, la imputación no cumple los fines que le son inherentes.

En sentir del impugnante, la fiscalía no atribuyó un solo delito –entendido como conducta típica, antijurídica y culpable–, yerro que condujo a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia a mutar el núcleo fáctico de la imputación, a fin de dar coherencia a unos hechos deshilvanados y atípicos.

Lo anterior, condujo a que agregara hechos nuevos (el recurrente dice que la Sala *a quo* «construyó una teoría del caso paralela, a nivel fáctico, a la de la Fiscalía General de la Nación»), escenario que solo confirma que **GR** se allanó a una imputación que contenía hechos jurídicamente relevantes incompletos o que no constituían conductas punibles, razón por la que debió improbarse el allanamiento efectuado.

4.1.7. Como solicitudes de la tesis principal, reclama la revocatoria parcial de la sentencia impugnada con relación a los delitos de prevaricato por acción y peculado por apropiación y, en su lugar, absolver por esos hechos a **FMGR**. Además, que se decrete la nulidad frente al injusto de concierto para delinquir, desde la audiencia de formulación de imputación

La invocación de la primera tesis subsidiaria se centró en el decreto de nulidad de la aceptación de cargos efectuada en la audiencia de formulación de imputación, en virtud de la retractación, al existir vicios en el consentimiento.

La solicitud de la segunda tesis subsidiaria consistió en la declaratoria de nulidad desde la audiencia de formulación de imputación, por la ausencia de hechos jurídicamente relevantes esenciales para considerársele delitos a las conductas atribuidas.

De prosperar cualquiera de las anteriores, insta la libertad inmediata del procesado.

4.2 No recurrentes

4.2.1 ECOPETROL S.A.

En su condición de víctima y a través de representante judicial controvierte los argumentos del recurrente, por

cuanto desconocen el principio de no retractación que rige en materia de allanamientos.

Expone no observar en **GR** algún vicio del consentimiento, o que hubiera sufrido engaño originado en maniobras fraudulentas, tampoco existió error en lo que respecta a los términos de aceptación, esto último, al verificar su formación profesional como abogado, su versado entendimiento sobre asuntos de derecho, su vasta experiencia en el ejercicio de la profesión jurídica como Magistrado del Tribunal Superior de Cúcuta y la asistencia letrada con la que contó.

La simple manifestación de temor por ir a la cárcel no es suficiente para concluir que al momento de aceptar los cargos endilgados lo hizo sin comprender plenamente lo que ello implicaría, máxime tratándose de delitos dolosos contra la administración pública, que exigen sanción intramural y excluyen la procedencia de cualquier subrogado.

Explica que la Sala *a quo* tuvo en cuenta múltiples elementos materiales probatorios que acreditan la autoría del acusado y la tipicidad de las conductas atribuidas, los cuales fueron ponderados junto con la aceptación de cargos libre, voluntaria, espontánea y consciente, para proceder a emitir decisión condenatoria. Por ende, no es cierto que no existiera un mínimo de prueba.

Finalmente, asegura que, sin acreditar presuntos vicios del consentimiento, lo pretendido es la revocatoria de

una sentencia que ha cumplido todas las exigencias legales relacionadas con la verificación de allanamiento a cargos.

4.2.2 Fiscalía

Por intermedio de su Delegada Doce ante la Corte Suprema de Justicia, explica que la Sala en el fallo impugnado: *(i)* hizo un análisis minucioso de los temas concernientes a la decisión que debía emitir; *(ii)* argumentó profusamente sus asertos, *(iii)* abordó con suficiencia lo concerniente a la aceptación unilateral de cargos, *(iv)* explicó las características y requisitos para la configuración de cada uno de los delitos por los cuales emitió condena, y *(v)* motivó ampliamente su existencia y el compromiso o responsabilidad del procesado en cada injusto, todo ello conforme a los elementos materiales probatorios legalmente aportados por el ente acusador y al allanamiento a cargos, acorde con las previsiones de los artículos 131 y 293 de la Ley 906 de 2004.

Para la fiscalía, lo que denota la impugnación especial es una retractación simple de la aceptación de cargos que, de manera libre, consciente, voluntaria, informada y asesorada por la defensa, en su momento hiciera **GR**, disfrazándola de supuestos vicios en su consentimiento o vulneración de garantías fundamentales, al punto de calificar de atípicas las conductas de prevaricato por acción y peculado por apropiación y esgrimir carencia de prueba mínima en lo tocante al concierto para delinquir.

A continuación: (i) cita jurisprudencia constitucional y de la Sala de Casación Penal relacionada con la temática del principio de no retractación, (ii) realiza un recuento de lo acontecido en la diligencia preliminar de septiembre 27 de 2017 en la que el imputado, ante el Magistrado con Función de Control de Garantías⁴, aceptó los cargos endilgados por la fiscalía, (iii) recordó la adicional verificación del allanamiento efectuado por la Sala de Casación Penal en diligencia cumplida el 30 de octubre de igual anualidad, y (iv) resaltó que la declaración notarial aportada por **FMGR** entraña una visión subjetiva y acomodaticia, en procura de asegurar su improcedente pretensión.

Todo lo anterior, para significar que la aceptación de cargos no tuvo vicios en el consentimiento, ni se vulneraron garantías fundamentales, contrario a lo que, sin fundamento alguno, ni elemento de conocimiento que lo acredite, pretende el impugnante.

Por último, la delegada fiscal, de forma pormenorizada, se ocupa de controvertir todos y cada uno de los argumentos del impugnante relacionados con la tipicidad y mínimo de prueba de las conductas delictivas aceptadas por **FMGR**, para concluir que a la decisión de condena emitida por la Sala de Casación Penal no le es atribuible yerro alguno, ni se advierte circunstancia que implique violación

⁴ De conformidad con el parágrafo primero del artículo 39 de la Ley 906 de 2004: «En los casos que conozca la Corte Suprema de Justicia, la función de Juez de Control de Garantías será ejercida por un Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá».

de garantías fundamentales, razón por la que solicita se confirme en su integridad.

V. CONSIDERACIONES

5.1 De la competencia

A partir del Acto Legislativo n.º 1 de 18 de enero de 2018⁵, se incorporó en el ordenamiento jurídico colombiano el derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria, a fin de garantizar la doble conformidad judicial. El artículo 3º del referido cuerpo normativo, modificatorio del canon 235 Constitucional, estableció:

Artículo 3º. Modificar el artículo 235 de la Constitución Política, el cual quedará así:

Artículo 235. Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia:

(...)

5. Juzgar (...), a los Magistrados de Tribunales (...), por los hechos punibles que se les imputen.

(...)

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 de la sentencia 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 los fallos que en esas condiciones profieran los Tribunales Superiores o Militares.

⁵ Por medio del cual se modifican los artículos 186, 234 y 235 de la Constitución Política y se implementan el derecho a la doble instancia y a impugnar la primera sentencia condenatoria.

A partir de la entrada en rigor de este acto legislativo y del proferimiento del fallo de unificación de la Corte Constitucional *Cfr.* CC SU-373-2019, la Sala ha venido garantizando el derecho a la doble conformidad de los aforados que fueron condenados por la Corte en «*única instancia*» después de la vigencia de la norma, y en ciertos casos, bajo específicas condiciones, a quienes lo fueron antes de ella, permitiéndoles impugnar la decisión ante un juez diferente de aquel que impuso la condena.

En el caso concreto, la impugnación se propone contra una sentencia dictada en *única instancia* después de la entrada en vigencia del acto legislativo, luego se advierten cumplidos a cabalidad los presupuestos requeridos para que la Sala se pronuncie de fondo acerca de los motivos de disenso expuestos por el impugnante.

5.2 De la extinción de la acción penal por muerte del procesado FCC

Encontrándose la actuación en estudio del libelo impugnatorio ante esta sede, el mandatario judicial de **FCC**, mediante correo electrónico, informó sobre el fallecimiento de su prohijado y anexó: (i) copia del Registro Civil de Defunción con indicativo serial n.º 03780772, expedido por la Notaría Segunda del Círculo de Santa Marta (Magdalena), donde se inscribió que el 11 de agosto de 2020 falleció quien en vida se llamara **FCC**, identificado con cédula de

ciudadanía n.º ...⁶, y (ii) copia de certificado de defunción antecedente para el registro civil.

La anterior información fue corroborada por el despacho sustanciador, a través de consulta en línea en la «*Base de Datos Única de Afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud*» de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –ADRES–⁷ y en la página web de la Registraduría Nacional del Estado Civil⁸, las que dieron cuenta de tal suceso.

El numeral primero del artículo 82 del Código Penal y el canon 77 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal aplicable para el presente caso, prevén como causal de extinción de la acción penal, la muerte del procesado.

Así mismo, los artículos 331 y 332, numeral 1º de la última codificación señalan que cuando aparezca demostrada la imposibilidad de continuar con el ejercicio de la acción penal, el funcionario competente declarará la preclusión.

Como quiera que se encuentra demostrado que **FCC** falleció el 11 de agosto de 2020, se declarará la extinción de

⁶ La cual coincide con el informe sobre consulta web de la Registraduría Nacional del Estado Civil, correspondiente a la tarjeta de preparación de la cédula de ciudadanía recaudada en la etapa investigativa. *Cfr.* Folio 244, C.O. n.º 1.

⁷ https://aplicaciones.adres.gov.co/bdua_internet/Pages/RespuestaConsulta.aspx?tokenId=5MVZLN/1pHP6s/ViSEDgoA== [ultimo acceso 9 de junio de 2021].

⁸ <https://wsp.registraduria.gov.co/censo/consultar/> [ultimo acceso 9 de junio de 2021]. En esta página web se lee que el NUIP 79322651 reporta la novedad «*Cancelada por Muerte*», fecha de novedad «14/09/2020».

la acción penal adelantada en su contra, se cesará con efectos de cosa juzgada la persecución penal respecto a estos hechos y se precluirá la actuación.

La Secretaría de la Sala realizará las anotaciones y cancelaciones que se deriven del caso.

5.3. De la impugnación especial propuesta por FMGR

La Corte ha insistido en explicar que para tener acceso a los recursos es presupuesto indispensable que la parte haya sufrido un agravio o perjuicio en su situación jurídica, escenario que lo habilita para impugnar la decisión que le es desfavorable.

Por eso, si las pretensiones de la parte han sido atendidas, verbigracia, cuando el trámite penal culmina por virtud de alguno de los mecanismos de terminación anticipada, al procesado no le es permitido cuestionar aspectos de responsabilidad penal, que de manera libre y voluntaria aceptó y consintió declarar.

En estos casos, la Sala tiene dicho que el implicado solamente posee interés para controvertir, a través de los recursos legales –apelación, casación o, como en el caso bajo examen, *impugnación especial*–, la vulneración de sus garantías fundamentales, el *quantum* de la pena siempre y cuando no haya sido preacordado y los aspectos referidos a

su consentimiento (*Cfr.* entre muchas otras, CSJ AP, 14 sept. 2009, rad. 32032).

Lo anterior por cuanto el ciudadano pierde, por razón de la asunción voluntaria de responsabilidad, la oportunidad de controvertir todo cuanto sea inherente a los términos de la imputación, sin perjuicio de la posibilidad de discutir, exclusivamente, las temáticas recién aludidas, o el contenido de los acuerdos cuando no han sido respetados.

Además, porque esos mecanismos de terminación extraordinaria del proceso (aceptación unilateral o preacordada de cargos), conforme con la lealtad procesal y buena fe exigida a los intervinientes en el trámite, deben revestirse de un halo de seriedad, en acatamiento no sólo de la seguridad jurídica, sino de los fines que los informan de humanizar la actuación procesal y la pena, obtener una pronta y cumplida justicia, dar solución a los conflictos, propiciar la reparación integral y elevar el prestigio de la administración de justicia.

El artículo 293 de la Ley 906 de 2004, modificado por el canon 69 de la Ley 1453 de 2011, establece que cuando el procesado admite los cargos a él atribuidos, rige el principio de no retractación, que prohíbe a la parte vinculada, discutir o controvertir los presupuestos de lo aceptado o el convenio realizado, ya en forma directa, en caso que se haga expresa afirmación de deshacer la manifestación de culpabilidad, o de manera indirecta, si a futuro discute veladamente sus términos.

En ese sentido, la Corte ha explicado que, si el encausado acepta los delitos endilgados, se hace vigente el principio de irrevocabilidad y surge la imposibilidad, para quien así actúa, de discutir lo relacionado con la responsabilidad penal admitida, bien para pregonar su inocencia (retractación total), o en procura de buscar una forma de degradación (retractación parcial), salvo que en ese acto procesal se haya incurrido en transgresión de sus garantías fundamentales⁹, caso en el cual corresponde al afectado la demostración de alguna irregularidad que hubiere viciado su consentimiento o, en general, quebrantado sus derechos (Cfr. CSJ SP, 13 feb. 2013, rad. 40053).

Ya la Sala ha precisado que una interpretación razonable del artículo 293 de la Ley 906 de 2004, apunta a entender que la retractación allí regulada sólo procede si se evidencia: (i) que la asunción de responsabilidad no correspondió a un acto voluntario, libre, consciente espontáneo e informado, o (ii) que en desarrollo de ese acto se vulneraron garantías fundamentales. De ese modo, sólo excepcionalmente cabe admitir la retractación.

5.3.1 En el caso de la especie, toda la argumentación del recurrente está encaminada, directa (la denominada *primera tesis subsidiaria*) o indirectamente (las restantes), a desdecirse de su manifestación de culpabilidad frente a las

⁹ Escenario que, antes de la adición del párrafo al artículo 293 por la Ley 1453 de 2011, ya estaba institucionalizado por el legislador, respecto de los acuerdos, en el inciso cuarto del precepto 351 del Estatuto Procesal de 2004.

conductas delictivas imputadas de concierto para delinquir, peculado por apropiación en favor de terceros y prevaricato por acción, los dos últimos en concurso.

Esta pretensión resulta impertinente, por implicar una retractación tardía e indebida de los cargos que, de manera voluntaria, consciente e informada, **FMGR** aceptó en el albor del proceso, y porque el fallo que se impugna se limitó a acoger la voluntad del enjuiciado, quien consintió que se le condenara por los referidos punibles, dentro de las modalidades y circunstancias descritas al inicio de este proveído.

Esta clase de ataques solo son posibles cuando se orientan a demostrar, a partir de evidencia fundada, que en el proceso de formación del consentimiento se desconocieron las garantías fundamentales, o que no se cumplió el mínimo probatorio para sustentar una decisión de condena, supuestos que en este caso no se acreditan, como pasa a explicarse.

El trámite procesal informa, como bien lo refirió la Delegada Fiscal en su intervención en condición de no recurrente, que con la finalidad de aclarar y adicionar la imputación que previamente se efectuara el 3 de agosto de 2017 (en ese momento sin aceptación de cargos), el 27 de septiembre siguiente, **FMGR** acudió ante el Magistrado con Función de Control de Garantías a cargo, funcionario judicial que preguntó al imputado si entendía el objeto de la diligencia, respondiendo afirmativamente.

Seguidamente, indagó si comprendía los cargos atribuidos por el ente acusador (en esencia, circunscritos a los punibles de concierto para delinquir, peculado por apropiación en favor de terceros y prevaricato por acción, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar relatadas), obteniendo por respuesta que sí los entendía. También, **GR** dijo comprender los derechos que le asistían como imputado.

Finalmente, el Magistrado le dio a conocer las opciones que tenía en torno a la aceptación o no de los cargos imputados y, con suma claridad, le explicó las consecuencias que la aceptación conllevaba.

Luego de las debidas advertencias y precisiones, el servidor judicial con función de control de garantía solicitó a **GR** su respuesta frente a los cargos imputados, quien, sin vacilación alguna, informó que los aceptaba, razón por la que el funcionario judicial verificó que la manifestación de voluntad respetara los condicionamientos del artículo 131 de la Ley 906 de 2004, constató el cumplimiento de los requisitos para avalar el allanamiento y descartó cualquier vulneración de garantías fundamentales del procesado.

Adicional a lo informado en aquella diligencia preliminar, la Sala de Casación Penal asumió igual verificación en audiencia celebrada el 30 de octubre de 2017, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 293 ejusdem, en la cual, la Magistrada Sustanciadora advirtió

que de la revisión del registro filmico de la audiencia y del escrutinio de la actuación procesal, se podía constatar que el allanamiento a cargos se hallaba conforme a lo dispuesto por el legislador y los lineamientos de la jurisprudencia de la Corte, razón por la que la Sala tampoco encontró violación en el trámite surtido.

Ese breve recuento, permite corroborar que los funcionarios judiciales de garantía y de conocimiento desempeñaron el rol de control de legalidad que les incumbía, pues verificaron: (i) que la aceptación de culpabilidad fue voluntaria, libre, espontánea y debidamente informada, es decir, que estuvo exenta de vicios esenciales en el consentimiento, (ii) que no violaba derechos fundamentales, y (iii) que existía un mínimo de prueba que permitía inferir la autoría o participación de **FMGR** en las conductas imputadas y, por supuesto, su tipicidad (Cfr. CSJ SP, 13 feb. 2013, rad. 40053)

Es decir, que los jueces no fungieron como «*simples fedatarios*», sino que procedieron a avalar el allanamiento a cargos, una vez cotejaron que se cumplían las premisas de legalidad, estricta tipicidad y debido proceso. (Cfr. CSJ SP969-2018, 4 abr. 2018, rad. 46784)

Recuérdese que el éxito de la impugnación soportada en la retractación de la aceptación de cargos solo tiene vocación si se demuestra en forma clara, objetiva y precisa, que en dicho acto se incurrió en vicios del consentimiento o

en transgresión de garantías fundamentales (*Cfr.* CSJ SP, 21 feb. 2007, rad. 26587).

En el presente caso se afirma que la admisión de responsabilidad de **FMGR** es ilegítima por vicios en su consentimiento, por la presión de saber que a su avanzada edad debía purgar la pena en una cárcel y la expectativa de obtener un subrogado penal.

Este argumento no es consistente, porque contrario a lo afirmado, es la acumulación de años lo que impide tener por justificado algún vicio, toda vez que permite adquirir el suficiente discernimiento para comprender que toda acción delictiva conlleva la atribución de una sanción, que puede ser intramural, dependiendo de su naturaleza, y que en el presente caso se estaba ante conductas de extrema gravedad.

A esto se suma la experiencia acumulada durante muchos años en el ejercicio de la judicatura¹⁰ y su versación en temas jurídicos, así fuere en un área distinta al derecho penal, lo cual se erige en criterio diferenciador respecto de una persona lega en estas materias.

Por ello, purgar la pena en un establecimiento carcelario resultaba un escenario de alta probabilidad para el procesado, quien, como administrador de justicia,

¹⁰ Del paginario emerge que el día 5 de diciembre de 1997, **FMGR** tomó posesión del cargo en propiedad como Magistrado de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, el cual desempeñaba en provisionalidad y luego en periodo de prueba desde el 30 de agosto de 1996.

conocía las consecuencias de su proceder, y aunque la posibilidad de obtener un sustituto por un subrogado podía surgir como una expectativa, lo cual es normal, ello no es argumento suficiente para sostener que, como las cosas no se dieron, su consentimiento estuvo viciado.

Además, **GR** contó en todo momento con asistencia letrada de confianza, la cual despejó cualquier hipotético vacío informativo que pudiese tener en punto de las implicaciones del acto de imputación de cargos, el que definitivamente selló el Magistrado con Función de Control de Garantías cuando realizó el exhaustivo interrogatorio, a fin de corroborar que la aceptación se ajustara a una decisión libre, consciente, voluntaria, espontánea y debidamente informada por la defensa.

Del diligenciamiento se infiere que la aceptación de cargos no se debió a un acto repentino o impulsivo de **FMGR**, toda vez que entre la inicial imputación y su aclaración y adición medió un lapso de casi dos meses, tiempo amplio para reflexionar sobre las posibilidades de afrontar el proceso penal al que se le vinculó, adoptando la determinación de aceptar los cargos en su segunda salida procesal, o enfrentar el juicio, decisión que solo se entiende luego de un sereno y meditado análisis.

Como bien lo adujo el representante de víctimas en su intervención, de admitirse el argumento del recurrente, esto es, que el allanamiento de su defendido se produjo por el temor de ir a la cárcel, daría lugar a que todo procesado

alegara vicio en el consentimiento, pues, el solo hecho de asumir la contingencia de afrontar el cumplimiento de una pena intramural, de suyo produce tribulación y desasosiego.

Una tal postulación, sin más, socava el principio de irretractabilidad, conforme con el cual, las partes quedan inhabilitadas para revocar, reformar, modificar, desconocer o deshacer los términos y efectos de la aceptación, con evidente compromiso de los postulados de buena fe, lealtad procesal, seguridad jurídica y pronta y eficaz administración de justicia, como fines y propósitos del sistema acusatorio.

Asegurar, asimismo, que el allanamiento a la imputación se debió a la promesa de la delegada fiscal de apoyar la concesión de un eventual subrogado penal (a la postre incumplida, según la impugnación), además de constituir una hipótesis factual indemostrada, desconoce que, en los términos que se plantea, la petición del ente acusador no sería vinculante, por no depender la decisión de la voluntad de los sujetos procesales, sino del resorte exclusivo del juez de conocimiento, en este caso, de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

En otras palabras, así la fiscalía hubiere apoyado una petición de la defensa respecto de un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, ello no implicaba su ineluctable concesión, pues, en cualquier caso, tratándose de aceptación unilateral o preacordada de cargos, su

otorgamiento se rige por parámetros anejos al principio de legalidad, mismo que informaba su anticipada desestimación por llanos criterios objetivos, insístase, por la naturaleza de los punibles aceptados, algunos de ellos con exclusión de beneficios por parte del legislador.

Así las cosas, la sola manifestación del procesado, exteriorizada ante un notario casi dos años después de haberse realizado la audiencia de proferimiento de la sentencia ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, donde debió ser planteada al advertirse que la fiscalía incumplía el supuesto compromiso, no tiene la capacidad de derruir la aceptación de cargos legalmente efectuada.

Se reafirma, entonces, el criterio de la Sala, según el cual *«no basta la sola alegación, esto es, argumentar que existió alguna de las falencias capaces de afectar el consentimiento o una garantía basilar, sino que la irregularidad debe ser verdaderamente acreditada a través de los medios de prueba admitidos por el ordenamiento procesal penal, bien en la audiencia de individualización [de pena] y sentencia del artículo 447 y, si es necesario, en sede de apelación o casación»* (Cfr. CSJ SP, 15 mayo 2013, rad. 39025).

Como el impugnante no aportó datos o evidencias que llevaran a demostrar los hechos en que ha fundado su controversia, esa tardía e insustancial impetración permite inferir el marcado interés para generar confusión acerca de

la actuación procesal surtida y respecto de un inexistente consentimiento viciado, para pretender una retractación, a todas luces improcedente.

En consecuencia, la nulidad que por esta causa se promueve, no está llamada a prosperar.

Ahora bien, las restantes alegaciones del recurrente, con bastante esfuerzo pretenden revelar irregularidades donde no las hay y solo evidencian el propósito subyacente de abjurar de los términos de la aceptación de cargos que permitió la terminación anticipada del proceso. A continuación, sucintamente se responderán.

5.3.2. La «segunda tesis subsidiaria» se funda en la presunta ausencia de algunos hechos jurídicamente relevantes en la imputación, los que, en concepto del impugnante, fueron ideados por la Sala *a quo*, mutando así el núcleo fáctico de la misma.

Nada más alejado de la realidad, pues, al hilo del registro de la audiencia preliminar de que se habla, la Sala verifica que la fiscalía cumplió cabalmente el rol establecido en el numeral segundo del artículo 288 de la Ley 906 de 2004, en punto de los contenidos fácticos y jurídicos de formulación de imputación.

En el cumplimiento de este propósito, el ente instructor efectuó una relación clara y sucinta de los

hechos jurídicamente relevantes por los que se procedía, exteriorizados en un lenguaje preciso y comprensible.

Justamente por ello, **FMGR** manifestó entenderlos y aceptarlos, circunstancia que denota la precisión de lo imputado, tanto así que, ni el procesado, ni su asistencia letrada, formularon reparo alguno, observación o solicitud de aclaración frente al acto de comunicación.

De hecho, no debe olvidarse que la diligencia surtida el 27 de septiembre de 2017 respondió a una adición y aclaración a la imputación, la que previamente se efectuó el 3 de agosto de esa anualidad.

Ello equivale a decir que, hacia finales de septiembre de 2017, el procesado y su defensor estaban suficientemente informados de los hechos jurídicamente relevantes por los cuales se estaba imputando, sin que exhibieran inconformidad alguna en punto de alguna ambigüedad, vaguedad o defecto que conspirara en contra de la claridad, menos, que se mostraran incompletos, o que no estructuraran las conductas delictivas endilgadas, como ahora se asegura sin fundamento alguno.

Además, en la audiencia de adición se retomaron los ya esgrimidos en la sesión de agosto (sin que variara la connotación delictuosa de lo antes imputado), se corrigieron ciertos errores de digitación y se precisaron algunos componentes fácticos y jurídicos, labor de comunicación que, en compendio y en lo fundamental, luego se tradujo en el «escrito de acusación

con allanamiento a cargos» que activó la competencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en sede de conocimiento.

Auscultado el fallo emitido en contra de **FMGR**, perceptible resulta, conforme a la narración expuesta en el acápite de «*antecedentes fácticos*» de este proveído, que el juzgador de primera instancia ciñó su proceder a los precisos términos en que el implicado libremente aceptó su responsabilidad en la comisión de los delitos de concierto para delinquir, peculado por apropiación en favor de terceros en concurso homogéneo y sucesivo, y prevaricato por acción, también en concurso homogéneo y sucesivo, válidamente imputados por el ente persecutor, incluidos, desde luego, los agregados factuales y jurídicos efectuados en la audiencia de adición y que se condensaron en el «*escrito de acusación con allanamiento a cargos*».

Por tanto, ninguna inexactitud se verificó en el acto de comunicación de los hechos jurídicamente relevantes.

Tampoco se presentó un *ajuste fáctico* por parte de la Sala *a quo*, como lo denuncia el censor, habida cuenta que los hechos que se adoptaron como jurídicamente relevantes frente a cada conducta punible, hallaron sustento en las aludidas diligencias de formulación de imputación, de adición y aclaración y en el escrito con allanamiento a cargos dado en traslado.

Con fundamento en estos insumos, la Sala efectuó el análisis correspondiente con el fin de determinar que las conductas endilgadas consultaran las categorías de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, labor obligada al momento de dictar sentencia, labor que jamás puede ser considerada como la construcción de una teoría del caso fáctica paralela a la esgrimida por la Fiscalía General de la Nación, como infundadamente se acusa por el recurrente.

La solicitud de nulidad así planteada habrá de desestimarse.

5.3.3. En lo relativo a la presunta afectación de la garantía sustancial a la presunción de inocencia en el punible de concierto para delinquir, al no existir un mínimo de prueba que permitiera inferir su tipicidad y la autoría o participación en ella de **FMGR**, se anticipa que la postulación no está llamada a prosperar.

Ha de recordarse que constituye garantía fundamental de quien acepta la imputación —sin vicios del consentimiento y en un marco de respeto de sus derechos—, que la consecuente sentencia condenatoria que se dicte en su contra esté fundada en suficientes medios suasorios que, junto a su admisión de culpabilidad, acrediten la materialidad de la infracción delictiva y la responsabilidad.

En el caso de la especie, la Sala de Casación Penal valoró la declaración del entonces mensajero de ECOPETROL para el año 2011, quien a través de correo electrónico

institucional envió invitación a los afiliados del sindicato ADECO, subdirectiva Bogotá, para reunirse con un abogado en un hotel de esta ciudad, con el fin que éste los apoderara en acciones de tutela que se presentarían en la ciudad de Cúcuta, con resultados positivos, según se comentaba «*en el voz a voz*».

A esa declaración se agregó el texto del correo electrónico de fecha 14 de febrero de 2011, del cual la Sala infirió un lenguaje cifrado que daba a entender que en aquella localidad se tenía el camino allanado para la prosperidad de las acciones constitucionales tendientes al reconocimiento y pago de prestaciones laborales, a las que no era viable acceder por vía de tutela, si no fuera a través de medios ilícitos, los que, por obvias razones, no podían ser expuestos a través de ese medio informativo.

También contó la Sala con el registro efectivo de las veinte demandas de amparo, que aglutinaban a más de quinientos empleados y extrabajadores de ECOPETROL, ninguno con domicilio en Cúcuta, las que, en últimas, fueron decididas por la Sala Laboral del Tribunal Superior de ese Distrito Judicial, del que hacía parte **FMGR** en condición de Magistrado, todas ellas favorables a las pretensiones de los actores, con evidentes visos de ilegalidad (constitutivos de prevaricato por acción).

De todo lo anterior, la Sala de primera instancia concluyó que, en el acuerdo principal, por lo menos, existió participación de profesionales del derecho litigantes, un

juez laboral que previamente aceptó cargos por estos hechos y los magistrados aquí acusados, toda vez que el tercero que conformaba la Sala Laboral decisoria, siempre salvó su voto al considerar la improcedencia de los mecanismos de amparo propuestos.

A ese mínimo probatorio aportado por la fiscalía, el *a quo* sumó la aceptación de cargos por parte de **FMGR**, conjunto del cual extrajo los contornos constitutivos de la conducta punible de concierto para delinquir.

Esto, por cuanto la comunidad delictiva daba visos del propósito de ejecutar conductas punibles indeterminadas, aunque determinables en su especie, a través del favorecimiento por fallos ilegales (*prevaricato por acción*), a un número indefinido de empleados y extrabajadores de ECOPETROL, que por intermedio de abogados presentaban acciones de tutela para lograr el reconocimiento y pago de variadas prestaciones sociales, a las que no había lugar por esa vía jurisdiccional (*peculado por apropiación en favor de terceros*).

Para el recurrente, el reseñado conjunto probatorio no resulta suficiente para entender acreditado el punible de concierto para delinquir, pues, a «*conductas neutrales, estereotipadas o lícitas por parte de varios abogados laboristas*» se les dio el carácter de ilegal con el objeto de acomodarlas a ese injusto.

Tal reclamo no se comparte, como quiera que la primera instancia, de un cúmulo de elementos materiales

probatorios derivó el proceso inferencial del cual, a partir de ciertos hechos indicadores, extrajo conclusiones que permitieron colegir correctamente, no solo la existencia del delito, sino la participación de **GR** en el mismo.

Por eso, aunque resulte normal o cotidiano que profesionales del derecho masivamente asuman poderes para la interposición de acciones de tutela, llama la atención que las mismas fueran interpuestas en una ciudad ajena a la de los actores y que todas ellas hayan sido falladas a favor de los demandantes, en contravía de doctrina constitucional que informaba de su improcedencia, en virtud de criterios de subsidiariedad, inmediatez y temeridad, aunado a que en tres radicados (T-2000/10, T-2080/10 y T-2122/11), se obvió el reparto a través de la oficina judicial correspondiente.

Así las cosas, más que un exiguo recaudo probatorio, lo que en verdad perturba al recurrente es el análisis efectuado por la primera instancia, sin que logre acreditar que haya incurrido en un error trascendente en el proceso inferencial que permitió fijar el mérito de las pruebas, a causa de la desatención de los parámetros que garantizan la persuasión racional.

También, deja de lado el impugnante que a la terminación del proceso se arribó por la vía de la aceptación de cargos en el acto de la imputación, es decir, apenas iniciado el proceso, lo que condujo a que la actividad

investigativa de la fiscalía cesara de inmediato, en virtud precisamente del allanamiento.

Por eso, la jurisprudencia ha reiterado que, en tratándose de la terminación anticipada del proceso, el examen de los elementos de juicio acopiados no puede tener el mismo grado de exigencias de los procesos concluidos por el trámite ordinario, justamente por la renuncia a someterlos a controversia (Cfr. CSJ AP343-2018, 31 en. 2018, rad. 49535):

Lo anterior, porque la declaración de responsabilidad, cuando se trata de allanamientos, gira alrededor del reconocimiento libre, consciente, espontáneo e informado que el imputado hace de haber participado de alguna forma en la realización de la conducta delictiva, que se equipara, en términos probatorios, a una confesión, como ya lo ha señalado esta Sala en otras decisiones, y lo reconoció la Corte Constitucional en Sentencia C-1195 de 22 de noviembre de 2005 (...)

Siendo así, la labor de verificación del mínimo probatorio debe reducirse a determinar si la aceptación que el imputado hace libremente de la responsabilidad, encuentra respaldo razonable en los elementos materiales probatorios, la evidencia física o los informes que hacen parte del proceso, o si por el contrario, la desvirtúan o descartan, o la ponen en entredicho manifiesto.

Si el juicio es positivo, porque existen elementos de prueba que permiten inferir razonablemente que la conducta aceptada existió, que es constitutiva de delito, y que el procesado estuvo en condiciones de intervenir en ella, al juez de conocimiento no le queda alternativa distinta de impartirle aprobación al allanamiento y dictar sentencia, sustentado en sus alcances probatorios, que para estos efectos, como ya se dijo, adquiere el carácter de confesión (Cfr. CSJ AP3622-2017, 7 jun. 2017, rad. 46449).

Téngase en cuenta que el estándar probatorio de las sentencias que se emiten en procesos que terminan

anticipadamente, difiere del exigido en las actuaciones en las que se agotan todas las etapas procesales.

Estas últimas demandan la comprobación en grado racional de certeza de la materialidad del delito y de la responsabilidad, a través de pruebas practicadas en el escenario natural del juicio oral, mientras que, en la forma abreviada, la sentencia halla sustento en los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, hasta el momento en que se produce la aceptación de cargos, unilateral o consensuada (*Cfr.* CSJ SP708–2020, 17 jun. 2020, rad. 48916).

En el caso bajo estudio, no se requiere mayor esfuerzo para advertir que la premisa que sustenta la pretensión invalidatoria carece de total fundamento y que lo planteado en este acápite, en consecuencia, no es más que una retractación velada de la aceptación de cargos cumplida en la audiencia de formulación de imputación, totalmente improcedente por las razones vistas, razón por la cual se desestima.

5.3.4. Las alegaciones del recurrente frente al punible de prevaricato por acción se encaminan a demostrar que los fallos de tutela cuestionados guardan total conformidad con el ordenamiento jurídico, y que la conducta imputada, por consiguiente, es atípica.

Sin embargo, no desvirtúa la meticulosa sustentación de la Sala *a quo* que, con apoyo en los elementos materiales

probatorios recaudados, advirtió la manifiesta contrariedad de esas decisiones con la ley y los pronunciamientos del Máximo Tribunal Constitucional en las respectivas materias objeto de reproche penal.

En cuanto al carácter temerario de algunas acciones de tutela, la Sala a quo bien explicó la sofisticada argumentación plasmada por **FMGR** en los fallos tildados de prevaricadores, habida cuenta que desconoció la triple identidad de partes, hechos y pretensiones, en razón a la interposición de recursos de amparo anteriores.

Con la finalidad de dar apariencia de legalidad a la caprichosa decisión de estudiar de fondo tres asuntos particulares (T-2105, T-2111 y T-2113 de 2011), el procesado acudió a la postura acomodaticia de justificar la existencia de hechos nuevos –que no ostentaban ese cariz–, a partir de relacionar documentos no aportados en los trámites constitucionales previos, para así poder analizar la controversia y acceder a las pretensiones de los accionantes.

En esos casos, ante la indiscutible existencia de cosa juzgada, **GR** estaba compelido a rechazar las demandas presentadas, en lugar de asumir el fondo del asunto, como a la postre ocurrió.

Por eso, en el caso concreto, la temeridad no admite discusión, al punto que la propia Corte Constitucional, en sede de revisión de los fallos proferidos por el Tribunal

Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, a través de providencias CC T-741-2011 y T-784-2011 así lo dispuso. Con todo, el recurrente insiste en sostener lo contrario.

Por otra parte, la infracción al requisito de procedibilidad de la inmediatez se hizo evidente en doce de los fallos cuestionados, pues el excesivo paso del tiempo entre los hechos que causaron la supuesta vulneración de derechos fundamentales en cada caso y la respectiva fecha de presentación de la correspondiente demanda, resultaba desproporcionada y sin justificación alguna.

Es de recordarse que, si bien, no existe normativamente un término de caducidad para la presentación de la acción de tutela, la doctrina de la Corte Constitucional ha reflexionado con insistencia que, dada su naturaleza cautelar, la solicitud debe invocarse en un plazo razonable, según el caso.

En ese orden, la Sala *a quo* consideró que las acciones de tutela T-1828, T-1836, T-2000, T-2038 y T-2071 de 2010 y, T-2080, T-2094, T-2121, T-2122, T-2183, T-2193 y T-2196 de 2011 se presentaron por fuera del término prudencial establecido por aquella Alta Corporación, razón por la que el amparo debía declararse improcedente.

Esa consecuencia jurídica fue caprichosamente desatendida por **FMGR**, so pretexto del carácter actual de la vulneración a garantías fundamentales, sin reparar que el

presunto hecho generador de transgresión hallaba su fuente en actuaciones de largos años atrás.

El recurrente acude a justificar la postura de su defendido, bajo el argumento que la inmediatez se circunscribe a un concepto jurídico indeterminado, ambiguo conceptualmente y vago en su alcance real.

Con todo, para la Corte Constitucional, la desatención de este presupuesto general de procedibilidad de la acción era de tal magnitud que, en sede de revisión, mereció pronunciamiento en las providencias CC T-1003-2010, T-1048-2010, T-407-2011, T-784-2011, T-055-2012 y T-087-2012, todas referidas a los hechos objeto de juzgamiento. Frente a ello, nuevamente el impugnante antepone su personal e interesado criterio.

Por último, el desconocimiento del principio de subsidiariedad fue analizado por la Sala en diecinueve de los veinte fallos de tutela tildados de prevaricadores. En todos ellos, esta Sala coincide con la primera instancia en que **FMGR** desconoció de forma caprichosa que los actores habían demandado sus prestaciones ante la jurisdicción ordinaria laboral, por ende, se trataba de asuntos pendientes de resolución.

Además, que no eran personas de la tercera edad, aunado a que todos recibían un ingreso mensual fijo, bien por concepto del salario derivado de su vinculación laboral con ECOPETROL, ora 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.

Ciertamente, los actores contaban con la jurisdicción ordinaria laboral a fin de exponer sus pretensiones, la cual resultaba idónea y eficaz para la defensa de los derechos que consideraban vulnerados.

El procesado, sin embargo, desplazó al juez natural para arrogarse la facultad de resolver de fondo los asuntos y con ello beneficiar ilegalmente a los demandantes, superando de forma amañada el requisito de procedibilidad a través de la sesgada citación e interpretación de la jurisprudencia constitucional.

En este caso, también la Corte Constitucional intervino en sede de revisión a través de las sentencias CC T-1003-2010, T-1048-2010, T-467-2011, T-536-2011, T-589-2011, T-595-2011, T-607-2011, T-718-2011, T-741-2011, T-784-2011, T-055-2012 y T-087-2012.

No obstante estos pronunciamientos, el recurrente acude de nuevo a la presentación de la subsidiariedad como un instituto jurídico indeterminado y discutible, de textura subjetiva, sin que respondiera a una única respuesta posible, solo para tratar de justificar *ex post* la conducta asumida por su defendido, sin que la sola retórica argumentativa logre persuadir acerca de la incorrección en el análisis de la primera instancia, máxime cuando es el

propio Tribunal Constitucional el que se encarga de definir lo contrario en las providencias acabadas de reseñar.

Así las cosas, el medio de impugnación especial, en punto de la primera tesis planteada como principal, no logra acreditar la atipicidad objetiva de la conducta punible de prevaricato por acción, y sí revela el interés subrepticio e inaceptable de **FMGR** de desdecirse del allanamiento a los cargos imputados, que permitió la terminación prematura del proceso.

Por contera, tampoco es de recibo la pretensión absolutoria.

5.3.5. Igual suerte corre lo relacionado con el punible de peculado por apropiación en favor de terceros.

Sin pretender profundizar en el debate académico y dogmático propuesto por el recurrente (aplicación de la teoría de la imputación objetiva a los delitos dolosos), por no corresponder al fondo de la decisión que concita el interés de esta instancia, escenario al que pretende llevar la discusión para desviar la atención de la Sala, deja de lado el censor lo elemental: todo su alegato parte de una premisa falsa.

Para el impugnante, no existe una fuente de *desaprobación del riesgo*, por la sencilla razón que considera conformes a derecho los veinte fallos de tutela que justificaron las órdenes de pago a favor de los actores,

en una suma cuantificada por el ente fiscal en \$109.472'162.193,00.

De ello conjetura que los pagos realizados no podían atribuirse a su prohijado como peculado por apropiación, al estar enmarcados en el *riesgo permitido* generado por la obligación jurídica de cumplir con decisiones de tutela, insiste, emitidas legalmente.

Pues bien, no puede predicarse en este caso la atipicidad objetiva esgrimida por el recurrente para el delito de peculado, como quiera que **FMGR** con sus decisiones de amparo ilícitas (como atrás se dilucidó), propició el proceso institucional al interior de ECOPETROL, que concretó la producción del resultado lesivo y relevante penalmente.

No debe olvidarse que el concurso homogéneo de peculados solo son una consecuencia, como delitos fin, de los delitos medio (prevaricato por acción, en concurso) utilizados para alcanzar el objetivo propuesto, que esquilmo al erario.

Por tanto, la Sala encuentra acertada la argumentación de la primera instancia, cuando indica que la decisión de la Sala Laboral de asumir en ejercicio de sus funciones el conocimiento de los recursos de amparo, implicaba la facultad de disponibilidad jurídica, y que esto le permitió al procesado disponer de los dineros de ECOPETROL, de donde se sigue que su apropiación en

favor de terceros se produjo por razón de las funciones judiciales que cumplía.

Así, de consuno con la decisión de primer nivel, ha de concluirse que la disposición de dineros de la empresa estatal estructuró el delito de peculado por apropiación, al concurrir todos los ingredientes objetivos del tipo penal.

5.3.6 En suma, la Sala confirmará la sentencia condenatoria emitida en contra de **FMGR**, en cuanto, como se desprende del estudio precedente, no obran en la actuación argumentos suficientes que conlleven a su revocatoria o a la nulidad de la actuación, conforme ha sido solicitado por el impugnante.

5.3.7 Otra determinación

Estando el expediente en traslado a los no recurrentes para su pronunciamiento frente a los mecanismos de impugnación especial incoados por la bancada de la defensa, el profesional del derecho J.L.H.O. presentó petición ante la Sala de Casación Penal, la cual se adjuntó al paginario por parte de la Magistrada Sustanciadora de primera instancia *«para que los magistrados que conozcan de la impugnación interpuesta por los apoderados de los procesados contra el fallo, resuelvan lo que consideren pertinente»*.

La solicitud se circunscribe a que se retire de la providencia de primer grado su nombre, por considerar que

en varios apartados «*se me señala o redacta con señalamiento de culpabilidad, que aún no tengo*», proceder que considera transgresor de sus derechos fundamentales a la presunción de inocencia, a la honra y al buen nombre.

No obstante que la providencia cuestionada no emitió juicio de responsabilidad sobre la conducta del peticionario, ni mucho menos una condena en su contra, como puede verificarse del contenido de la parte resolutive de la sentencia (Cfr. Corte Constitucional CC T-059-2009), la Sala, a efecto de precaver la eventual vulneración de las garantías constitucionales invocadas, ordenará a la Relatoría de esta Sala de Casación que, para efectos de la publicidad de la decisión CSJ SP364-2018, 21 feb. 2018, rad. 51142, disponga la anonimización de quienes aparecen registrados como abogados [J.L.H.O., J.T.M.Q. e I.L.V.], en aras de evitar su reconocimiento e individualización.

Por la Secretaría de la Sala, entérese de lo aquí resuelto al peticionario.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar la extinción de la acción penal por muerte del procesado **FCC** En consecuencia, precluir la

investigación adelantada en su contra, por cuenta de los hechos aquí juzgados.

La Secretaría de la Sala realizará las anotaciones y cancelaciones que se deriven de esta decisión.

SEGUNDO: Confirmar la sentencia CSJ SP364, proferida el 21 de febrero de 2018 por esta Corporación, mediante la cual condenó a **FMGR** como coautor de los delitos de concierto para delinquir, peculado por apropiación en favor de terceros agravado en concurso homogéneo y sucesivo y prevaricato por acción en concurso homogéneo y sucesivo.

TERCERO: Ordenar a la Relatoría de la Sala de Casación Penal que, para efectos de la publicidad de la decisión CSJ SP364-2018 de 21 de febrero de 2018, rad. 51142, disponga la anonimización relacionada en el numeral 5.3.7 de esta providencia.

Por la Secretaría de la Sala, entérese de lo aquí resuelto al peticionario.

CUARTO: Informar a partes e intervinientes que contra la presente decisión solamente procede recurso de reposición en lo concerniente a la extinción de la acción penal por muerte.

Notifíquese y cúmplase.

GERSON CHAVERRA CASTRO

Presidente

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

FABIO OSPITIA GARZÓN

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

Sala Casación Penal 2021