

Sentencia C-988/06

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Requisitos

ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Rigor en el juicio que aplica la Corte al examinar demanda no puede convertirse en un método tan estricto que haga nugatorio el derecho de los ciudadanos

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Improcedencia por cumplimiento de requisitos de la demanda

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL-Alcance

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL-Límites

PENA-Ultima ratio

PRINCIPIO DE NECESIDAD EN DERECHO PENAL-Alcance

PRINCIPIO DE MORALIDAD-Instrumentos para reprimir su incumplimiento

Son variados los instrumentos encaminados a reprimir el incumplimiento del principio de moralidad, por lo que es claro que no es solamente la acción penal (art. 250 C.P.) -cuando como responsable de la determinación de la política criminal del Estado el Legislador tipifica determinadas conductas como delitos- con la que se cuenta en nuestro ordenamiento para asegurar su vigencia y respeto.

FUNCION ADMINISTRATIVA-Principios

ACTO LEGISLATIVO QUE IMPLEMENTO EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO-Acogió el principio de oportunidad reglada

PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN DERECHO PENAL-Alcance

PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD-Características

PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD-Requisitos para la aplicación en delitos contra la administración pública o recta impartición de justicia

El Legislador estableció en el numeral 10 del artículo 324 que el principio de oportunidad puede aplicarse “cuando en atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o recta impartición de justicia, la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción disciplinarios”. El Legislador supedita dicha posibilidad a dos precisos requisitos, a

saber i) que la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa -es decir que la afectación de la administración pública o de la eficaz y recta impartición de justicia sea leve, valoración que deberá efectuar en concreto la Fiscalía, y el juez de garantías encargado de realizar el respectivo análisis de antijuricidad y proporcionalidad con ocasión del control de legalidad respectivo- y ii) que la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción disciplinarios -es decir que en relación con la misma conducta se configure una falta disciplinaria que dé o haya dado lugar a la imposición de la sanción respectiva. En relación con esta última condición cabe precisar que en la medida en que la disposición se refiere expresamente al “deber funcional” ha de entenderse que se alude en este caso a hipótesis en que los servidores públicos o los particulares que cumplan funciones públicas y como tal estén sometidos a la potestad disciplinaria incurran en conductas respecto de las cuales quepa junto con la imposición de la sanción penal endilgarles responsabilidad disciplinaria por el incumplimiento de dichos deberes funcionales.

**PRINCIPIO DE MORALIDAD ADMINISTRATIVA-No vulneración por aplicación del principio de oportunidad en delitos contra la administración pública o recta impartición de justicia**

Para los demandantes el numeral 10 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal” desconoce el principio de moralidad establecido en el artículo 209 superior y consecuentemente los artículos 1° y 2° constitucionales. En particular destacan que no es posible hablar de lesión “leve” cuando se está ante atentados a bienes jurídicos de la administración pública o la recta administración de justicia, pues cualquier comportamiento que defraude las expectativas de los asociados implica una lesión a los fundamentos de legitimación del Estado, entonces siempre será “grave”. Al respecto la Corte constata que el Legislador no desbordó la potestad de configuración que le es atribuida en materia penal y específicamente no vulneró el principio de moralidad establecido en el artículo 209 superior ni consecuentemente los artículos 1° y 2° superiores. Como se desprende de las mismas consideraciones preliminares es claro que para la protección del principio de moralidad administrativa, que constituye sin duda un pilar

esencial del funcionamiento del Estado, el Legislador no se encuentra obligado a acudir necesariamente a la acción penal para sancionar su inobservancia. Como allí se señaló en el Estado de Derecho, a la sanción penal en función del principio de necesidad sólo debe llegarse cuando se ha producido una grave afectación de un bien jurídico, mediante un comportamiento merecedor de reproche penal y siempre y cuando que la pena resulte estrictamente necesaria.

#### PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD-Carácter excepcional/PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD-Contenido y alcance

El principio de oportunidad establecido en el artículo 250 superior tal como fue modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002 cuya naturaleza es estrictamente excepcional (i) fue supeditado por el Constituyente derivado a la política criminal del Estado; (ii) la aplicación de este principio no constituye una antinomia del principio de legalidad, como quiera que constituye una oportunidad reglada que, se reitera, es excepcional, no arbitraria, sujeta al control de garantías, con presencia del Ministerio Público y con participación de la víctima a la que se debe escuchar y está sometida adicionalmente en su ejercicio interno por la Fiscalía a un reglamento expedido por el Fiscal General de la Nación que deberá desarrollar el plan de política criminal del Estado; (iii) este principio se predica de conductas antijurídicas y lesivas del bien jurídico, que el legislador sustrae con todos sus elementos de la acción punitiva, como resultado de una valoración político criminal, que conduce a considerarlas de poca significación desde la perspectiva de afectación del bien jurídico protegido; (iv) dicho principio alude a delitos de entidad menor y específicamente en el caso de los atentados contra los bienes jurídicos de la administración pública o recta impartición de justicia, a que alude el numeral acusado se prevé claramente que la infracción del deber funcional tenga o haya tenido una respuesta de orden disciplinario y la afectación del bien jurídico resulte poco significativa; (v) en este caso no se trata de discriminar conductas con medidas distintas, para sustentarlas del ámbito penal, sino que se atribuye al Estado la opción de no proseguir excepcionalmente la acción penal en una hipótesis concreta -la señalada en el numeral 10 acusado-, conforme a una valoración político criminal, para la cual el constituyente autorizó

al Legislador y que en el caso del numeral acusado se refiere específicamente a los denominados delitos “bagatela”.

Referencia: expediente D-6207

Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 10 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 “por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”.

Actor: JORGE FERNANDO PERDOMO TORRES Y OTROS

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil seis (2006).

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

SENTENCIA

## I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, establecida en el artículo 241 de la Constitución Política, los ciudadanos Jorge Perdomo Torres y Camilo Burbano Cifuentes demandaron el numeral 10 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, “por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”.

Mediante auto del nueve (9) de marzo de 2006, el Magistrado Sustanciador admitió la demanda y dispuso correr traslado de la misma al Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de rigor, ordenó fijar en lista la disposición acusada para asegurar la intervención ciudadana y comunicar la iniciación del proceso al señor Presidente de la República, y al Presidente del Congreso de la República, así como también al Ministro del Interior y de Justicia, al Fiscal General de la Nación y al Defensor del Pueblo para que, de estimarlo oportuno, conceptúen sobre la constitucionalidad de la disposición demandada.

A través de oficio No. DP-034 del 21 de marzo de 2006, el Procurador General de la Nación manifestó a la Corte que tanto él como el Viceprocurador General de la Nación, se encontraban impedidos para conceptuar sobre la constitucionalidad de la disposición acusada, toda vez que, en su condición de Procurador General participó en la comisión redactora y el Viceprocurador General participó en la subcomisión redactora del proyecto que dio origen al nuevo Código de Procedimiento Penal -Ley 906 de 2004- objeto de revisión. En consecuencia, solicitó a esta Corporación que, de aceptar el impedimento manifestado, dispusiera que el Procurador General en cumplimiento de la función que le atribuye el numeral 33 del artículo 7º del Decreto Ley 262 de 2000 designara al funcionario que debe rendir el correspondiente concepto.

Mediante auto A-120 del 5 de abril de 2006, la Sala Plena de la Corte Constitucional resolvió el impedimento manifestado por el Procurador General de la Nación para rendir el concepto fiscal dispuesto por el artículo 242, numeral 2, en concordancia con el artículo 278 numeral 5 de la Carta Política, en el expediente D-6207. En dicha providencia, la Sala aceptó el impedimento manifestado por el Procurador General y, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 17 numeral 3 del Decreto 262 de 2000, ordenó que una vez levantada la suspensión decretada en el proceso de la referencia con ocasión del impedimento propuesto por el Procurador General de la Nación, se corriera traslado por el término restante al funcionario que designe el Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de su competencia.

Cumplidos los trámites propios de esta clase de procesos, previo el concepto rendido por la Procuradora Auxiliar para Asuntos Constitucionales, la Corte procede a decidir sobre las pretensiones de la demanda de la referencia.

## II. DISPOSICIÓN DEMANDADA

A continuación se transcribe el texto de la norma demandada, de conformidad con su publicación en el Diario Oficial No. 45.658 del treinta y uno (31) de agosto de 2004.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

(agosto 31)

Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.

(Corregida de conformidad con el Decreto 2770 de 2004)

El Congreso de la República

DECRETA

(...)

TITULO V.

PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

ARTÍCULO 324. CAUSALES. El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos:

(...)

10. Cuando en atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o recta impartición de justicia, la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción disciplinarios.

(...)

### III. LA DEMANDA

Para los demandantes el numeral 10 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal” desconoce el principio de moralidad establecido en el artículo 209 superior y consecuentemente los artículos 1 y 2 constitucionales por cuanto dicho numeral hace primar “la figura excepcional de la oportunidad” en detrimento de uno de los valores irrenunciables en la administración de justicia como función pública, a saber el principio de moralidad de toda función estatal, con lo que se lesiona la confianza de los ciudadanos en la acción del Estado.

Afirman que “El especial deber que está en cabeza de los funcionarios, la protección de la confianza en su actividad, y por ende, de la moralidad no permite hablar de lesión “leve” cuando se está ante atentados a bienes jurídicos de la administración pública o la recta administración de justicia, pues cualquier comportamiento que defraude las expectativas de los asociados implica una lesión misma a los fundamentos de legitimación del estado, entonces siempre será grave”

Los actores estructuran su demanda con los siguientes elementos:

#### 1. Respecto del “beneficiario de la norma”

Afirman que de la redacción del numeral 10 del artículo 324 CPP en cuestión se desprende que los directos destinatarios de la disposición son los servidores públicos, quienes en tal calidad tienen deberes especiales positivos. Explican que cuando la norma señala como necesaria la defraudación al deber funcional limita su campo de acción a los delitos llamados

por la doctrina penal como de infracción de deber<sup>1</sup>.

Afirman que los deberes especiales, son tales porque van más allá del deber general del ciudadano de no hacer daño a otros. Explican que se trata de prestaciones positivas que demandan a las personas especialmente obligadas a garantizar el pleno cumplimiento del deber. Así mismo que el ejemplo paradigmático de los delitos de infracción de deber son los llamados delitos de funcionarios.

Señalan que la Corte Constitucional ha reconocido la existencia de estos deberes positivos en cabeza del Estado y de los funcionarios que lo representan, al definir por ejemplo la posición de garante de los miembros de las fuerzas militares y de policía.<sup>2</sup>

Afirman que en ese orden de ideas el deber funcional a que alude el numeral 10 del artículo 324 de la Constitución Política es el deber positivo de los servidores del Estado, al tiempo que solo frente a ellos se puede dar una sanción o reproche disciplinario.

Al respecto, afirman que esta Corporación “entiende que, tratándose de la relación de tipicidad e ilicitud sustancial, no pueden existir faltas en las que no se cuestione la infracción de un deber funcional. Si se quiere, la interpretación de la Corte Constitucional suministra al operador disciplinario un eje de configuración donde, además del cumplimiento del principio de legalidad y tipicidad, con las especificaciones que anunciamos anteriormente, se establece una exigencia clara orientada a que se observe estrictamente el deber infringido y la intensidad de la vulneración para deducir la antijuridicidad contenida en el artículo 5 del Código disciplinario”.

2. De los deberes de los funcionarios y la moralidad

Los actores afirman que de conformidad con lo señalado en el artículo 209 de la Constitución Política, la moralidad debe predicarse de toda actuación desplegada por un funcionario público, y que ésta es también objeto de protección del Derecho Penal toda vez que éste pretende proteger no solo la integridad del Estado mismo sino la confianza de los ciudadanos en el correcto desempeño de la administración pública.

Señalan que la Corte Constitucional ha señalado la prevalencia que el principio de moralidad debe tener en el ordenamiento jurídico colombiano, incluso frente a otros principios que rigen y orientan la función del Estado. Citan al respecto apartes de la sentencia C-709 de 19963.

Afirman igualmente que esta Corporación se ha referido a la íntima relación que existe entre derecho y moral, tanto en sus límites, como en la necesidad de su aplicación y correcto entendimiento para dotar de sentido a normas jurídicas<sup>4</sup>. En ese orden de ideas consideran que la moralidad es esencial en tres aspectos fundamentales: i) es necesaria para interpretar el correcto alcance de las normas jurídicas en un contexto social o su incompatibilidad con normas superiores, lo que incluye aquellas que desarrollan preceptos constitucionales; ii) se debe examinar como un mandato constitucional en sí mismo y precisan que en el presente caso son relevantes para determinar la inexecutable del numeral 10 del artículo 324 del CPP los artículos 1 y 2 superiores que instituyen el interés general como elemento fundamental en un Estado social y democrático de derecho y el deber del Estado en proteger tal interés y de garantizar el cumplimiento de los deberes sociales, tanto de los particulares como del Estado mismo. Junto con lo anterior está el artículo 209 constitucional, el cual de manera expresa establece el interés general como finalidad de la función administrativa, desarrollado con el principio de moralidad, en tanto los funcionarios deben encaminar sus actuaciones siempre transparentemente en beneficio de tal interés; iii) se debe entender como un factor de cohesión para el mantenimiento de un orden social justo (artículo 2º de la Constitución Política), aspecto que engloba a los anteriores, pero que además los supera dando una visión general del carácter irrenunciable de este principio, ya que su defraudación implica un quiebre en la confianza en el orden

jurídico y en las instituciones que lo representan, situación que a todas luces en su criterio contraría la Constitución.

Concluyen que los tipos penales contenidos en el título XV del Código penal “son expresión de la necesaria garantía de la confianza de los ciudadanos en el Estado y en el correcto funcionamiento de sus instituciones” y que “la moralidad en el ejercicio de la función pública como principio constitucional, es garantizada de esta forma”.

### 3. Del carácter irrenunciable de la protección de la moralidad y el mayor alcance del proceso penal frente al disciplinario

Sostienen que el principio de oportunidad tiene carácter excepcional frente al principio de legalidad, como lo expuso la Corte Constitucional en sentencia C-673 de 20055. Señalan que aunque el principio de oportunidad es una excepción de manera alguna puede controvertir los postulados constitucionales, como en su criterio sucede con la aplicación de este principio en el presente caso, al desestimar la acción penal en casos que la ley califica como “leves” sin tener en cuenta que la moralidad no admite graduación pues se trata de la defensa de la transparencia de la administración pública, que debe ser protegida contra cualquier atentado.

Indican que su argumentación se sustenta, también, en las normas sobre autoría y participación que rigen en la moderna doctrina penal para los delitos de infracción de deber y que, a partir de la sentencia de la Corte Constitucional SU-1184 de 2001, ha sido desarrollada por la Corte Suprema de Justicia en diversos pronunciamientos. Señalan que en este sentido las reglas de la autoría para el delito de infracción de deber son estrictas y responden a la calidad especial del deber que se lesiona. Éste es, afirman “un argumento más para excluir la aplicación del principio de oportunidad a la disposición demanda”.

Finalmente, sostienen que la condición impuesta por el numeral 10 del artículo 324 no es suficiente para salvaguardar el principio de la moralidad, ya que, como lo ha afirmado la Corte en varias ocasiones, la protección y los fines que busca el proceso disciplinario difieren sustancialmente del proceso penal, razón por la cual no se afecta la prohibición constitucional de la doble incriminación<sup>6</sup>.

#### IV. INTERVENCIONES

##### 4.1 Fiscalía General de la Nación

El Fiscal General de la Nación, Doctor Mario Germán Iguarán Arana, interviene en el presente proceso, el día cinco (5) de abril de 2006, para solicitar a la Corte que declare la exequibilidad de la disposición demandada, con base en los argumentos que se resumen a continuación.

El señor Fiscal señala que el problema jurídico que surge a partir de lo argumentos planteados por los demandantes -los cuales hacen referencia a que en los delitos contra la administración pública y la recta impartición de justicia no se puede acudir a la insignificancia-, es el siguiente: ¿Los delitos contra la administración pública o recta impartición de justicia, pueden ser o no insignificantes? O desde otra perspectiva ¿Los delitos contra la administración pública o recta impartición de justicia son siempre graves?.

Para dar respuesta al problema jurídico referido, el Fiscal señala que la significancia de la

afectación de un bien jurídico protegido está dada por la relevancia del hecho delictivo, el daño ocasionado, y el interés público en la persecución del delito. Cuando estos aspectos son de poca importancia y en ocasiones escasos, el Estado puede optar por la no investigación de la conducta punible realizada, pues los costos pueden superar al interés social y político en su persecución.

Aduce que desde la relevancia del hecho se ha elaborado toda la teoría de la antijuridicidad material<sup>7</sup>, a partir del principio de lesividad, cuya construcción depende del concepto de bien jurídico, es así que donde no existe una lesión a un bien jurídico o ésta es insignificante no existe antijuridicidad penal, o “nos encontramos ante un delito que doctrinalmente se llama bagatela”.

El señor Fiscal comparte lo señalado en la demanda, cuando se afirma que la función del derecho penal no es sólo proteger los bienes jurídicos, sino también el mantenimiento de un orden social justo, precisamente a través del afianzamiento de la confianza de sus asociados en los valores básicos representados en la Constitución, pero aclara que ello es así en el entendido, que no hay infracción penal sin una lesión material a un bien jurídico tutelado. Precisa además que la afectación al bien jurídico, es uno de los puntos que determina la gravedad de la conducta punible y de este análisis no se pueden exceptuar los delitos contra la administración pública y de la recta impartición de justicia, pues ello implicaría la violación del principio de lesividad al que se le ha reconocido relevancia constitucional -invoca la sentencia C-070 de 1996-.

Advierte entonces que una visión del derecho penal que parte de la violación de bienes jurídicos, implica una gradualidad en su gravedad, lo que permite que se pueda hablar de delitos insignificantes, aún en la administración pública y recta impartición de justicia. Señala que dicha insignificancia, no solo se predica de la lesividad de la conducta, sino también del interés público en la persecución del delito.

Explica, invocando la doctrina, que en una sociedad compleja como la actual, el derecho penal no pretende sino ser un medio a través del cual sean posibles las relaciones sociales. Esta función la logra estructurando expectativas normativas y ésta misma señala de esta forma cuál es el límite de la expectativa, es decir hasta donde puedo actuar, hasta dónde puedo esperar que otro actúe sin que traspase mi ámbito de injerencia.

Aduce que la norma penal y disciplinaria comportan como reacción en caso de frustración, el mantenimiento de la expectativa a través de la sanción. Explica que si bien la sanción penal reafirma la expectativa, la misma puede verse reafirmada simplemente a través de la sanción disciplinaria. En esas circunstancias, en donde ya está reafirmada la expectativa, acudir a la sanción penal, puede resultar desproporcionado e irracional y por ello dentro de un marco de política criminal del Estado, se puede renunciar a la persecución penal, sin que ello implique una renuncia a la protección de la moralidad de la administración pública la cual se ve reafirmada mediante la sanción disciplinaria.

Precisa que la aplicación del principio de oportunidad resulta una herramienta para la descriminalización cuando existan sanciones más eficaces que pueden resultar de mayor impacto para la sociedad y mayor punibilidad para el imputado, o cuando resulte innecesario iniciar un proceso penal o penalizar al imputado con otra sanción.

Explica que el Estado con la aplicación de la disposición demandada, declina la acción penal en beneficio de la acción disciplinaria por considerar que existen eventos en que ésta es incluso más aflictiva que la vía penal, como, por ejemplo, a través de la inhabilitación del ejercicio de funciones públicas, que priva al funcionario del derecho al trabajo. Señala que además puede lograrse la reparación de los perjuicios que se hubiesen causado por esa vía a través de la actuación fiscal, o la acción de repetición.

Señala que si bien es cierto que el derecho disciplinario tiene diferentes fines a las del derecho penal, no por esta razón la sanción disciplinaria no cumple con sus funciones de prevención y corrección que garantizan la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución, la ley y los tratados internacionales que se deben observar en el ejercicio de la función pública (artículo 16 Código Disciplinario Único).

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

De acuerdo con los razonamientos expuestos, el Señor Fiscal Fiscalía solicita que se desestime la demanda de inconstitucionalidad sobre el artículo 324, numeral 10 de la Ley 906 de 2004, pues tal disposición no viola el principio constitucional de moralidad que se exige a quienes desempeñan una función en representación del Estado, y por lo tanto no es contraria a los artículos 1, 2 y 209 constitucionales.

#### 4.2. Academia Colombiana de Jurisprudencia

El Secretario de la Academia Colombiana de Jurisprudencia atendiendo la invitación efectuada por esta Corporación remitió el concepto suscrito por los Doctores Bernardo Gaitán Mahecha y Juan Carlos Prias Bernal donde manifiestan que la disposición acusada no debe ser declarada inconstitucional y exponen los siguientes argumentos:

Los intervinientes recuerdan que en materia penal el legislador tiene una amplia potestad de configuración que en todo caso está sujeta a los principios de racionalidad y proporcionalidad así como a los principios y valores de la Constitución<sup>8</sup>:

Señalan que no resulta ni razonable ni proporcionado que se penalicen conductas que no son significativas en la lesión o puesta en peligro del interés jurídicamente tutelado, y que además cuentan con una adecuada respuesta en “el reproche y la sanción disciplinaria”.

De otro lado, afirman que la antijuridicidad material, constituye un principio fundamental de nuestro derecho penal y así lo ha venido reiterando la legislación de carácter sustancial expedida en desarrollo de la Constitución de 1991, de tal manera que no es posible prever como punible una conducta que no lesione o ponga en peligro sin justa causa un interés jurídicamente tutelado.

Exponen que la situación enunciada adquiere tal realce que de manera expresa el Código Penal colombiano consagra la posibilidad de que en ciertos delitos -delitos culposos o con penas no privativas de la libertad- y en ciertas condiciones se pueda prescindir de la imposición de la sanción penal cuando ella no resulte necesaria. De manera específica, aún para delitos que involucran intereses de tal trascendencia como la vida y la integridad personal, se autoriza igualmente prescindir de la pena en atención a las especiales condiciones de motivación del agente y atendiendo al criterio de necesidad de la pena.

Afirman que es frecuente que el legislador a partir del “desvalor de acción o de resultado” de una conducta derive criterios que permitan la disminución e incluso la prescindencia de las penas, que es precisamente lo que ocurre en la reglamentación del principio de oportunidad dentro del nuevo régimen de procedimiento penal. Así pues, aunque la hipótesis de hecho prevista en la norma demandada no excluye por completo la antijuridicidad material de la conducta, su poca trascendencia y la existencia de otros mecanismos de control social ameritan la decisión de no activar sustuariamente la jurisdicción penal.

Manifiestan que no se trata, como pretenden los accionantes, de una confrontación entre el principio de la eficiencia en la administración de justicia y la moralidad pública como criterio

fundante del ejercicio de la función pública, sino de la libre apreciación que en torno de la aplicación del postulado de la antijuridicidad material concede de manera amplia el constituyente a la ley.

De esta forma afirman que mal podría aceptarse como un principio general la hipótesis planteada por los accionantes, en el sentido de que jamás la ley podría graduar la significancia de la afectación a unos intereses jurídicos como los aludidos, pues sería negar que efectivamente lo hace en muchas ocasiones, como cuando considera las circunstancias diminuentes o atenuantes de manera general para todas las conductas punibles o de manera específica para los delitos en particular como ocurre en el caso de algunos delitos contra la administración pública o la recta impartición de justicia.

Precisan que la norma demandada, lejos de constituir un desbordamiento a las posibilidades de aplicación del principio de oportunidad, significa una limitación importante a su uso, y de manera específica, al caso de los delitos contra la administración pública o la recta impartición de justicia, toda vez que específicamente se determina que solo es procedente cuando “la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa”, y además, haya adecuado como medio de control social el ejercicio correspondiente de la acción disciplinaria.

Por ultimo, señalan que contrario a lo que sostienen los demandantes la aplicación del principio de oportunidad en los términos de la norma demandada, lo que posibilita es que la acción de la justicia pueda aplicarse de manera preferencial en aquellos casos en los cuales la afectación de la moralidad pública sea significativa y amerite el ejercicio de la acción penal, en una efectiva y real protección de los intereses jurídicos tutelados.

## V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

Mediante Concepto 4142, remitido a la Corte Constitucional el cinco (5) de julio de 2006, la Procuradora Auxiliar para Asuntos Constitucionales, doctora María Claudia Zea Ramírez intervino a nombre de la Procuraduría General de la Nación, en virtud de la designación que para este efecto le fuere hecha, habida cuenta que la Sala Plena de la Corte aceptó el impedimento para este asunto de los señores Procurador y Viceprocurador General de la Nación.

En su escrito la Procuradora Auxiliar solicita a la Corte Constitucional efectuar los siguientes pronunciamientos:

1. INHIBIRSE para emitir un pronunciamiento de fondo sobre la demanda presentada contra el artículo 324, numeral 10, de la Ley 906 de 2004, por ineptitud sustantiva de la demanda.

1. En subsidio, declarar EXEQUIBLE el artículo 324, numeral 10, de la Ley 906 de 2004, en lo acusado y únicamente respecto del cargo aquí examinado.

La Procuradora Auxiliar afirma que la demanda presentada contra el numeral 10 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 es inepta, pues las razones por las cuales se estima infringida la Constitución Política no son específicas ni suficientes. Explica que el concepto de violación debe ser específico, tiene que definir la manera como la norma legal desconoce el texto superior, mediante la formulación de por lo menos un cargo concreto contra la norma demandada; además, recuerda que la suficiencia del cargo de inconstitucionalidad está relacionada con los argumentos y elementos probatorios que sustentan la demanda, los

cuales si no convencen al juez, por lo menos han de despertar duda sobre la exequibilidad del precepto atacado.

Afirma que la argumentación de los demandantes se limita a señalar que la disposición acusada desconoce o desprotege el cumplimiento del principio de moralidad, sin entrar a exponer las razones fácticas o jurídicas concretas por las cuales dicha afectación se produce en la vigencia del referido principio constitucional.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

No obstante, señala que si la Corte en aplicación del principio pro actione resuelve adelantar el juicio respectivo la disposición acusada debe ser declarada exequible frente al cargo planteado

Explica que dentro del marco de la amplia potestad de configuración que tiene el Legislador es razonable y proporcionado aplicar el principio de oportunidad y, por tanto, no juzgar y sancionar a los responsables de comportamientos que afectan en mínima medida la administración pública y de justicia, cuando han sido sancionados disciplinariamente por esta conducta.

Precisa que la disposición acusada se fundamenta, “no en la total insignificancia del injusto, sino en la poca entidad del daño causado, es decir de la antijuridicidad material”.

Sin embargo, destaca que en razón de la naturaleza del bien jurídicamente protegido y la necesidad de garantizar el cumplimiento de los principios que gobiernan el ejercicio de funciones públicas, entre ellos, la moralidad a que alude el actor, el legislador previó como requisito de aplicación del principio de oportunidad, que la conducta “tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción disciplinarios”.

Señala que así la conducta reprochable no queda en la absoluta impunidad, por cuanto la disposición acusada exige como presupuesto la imposición de la respectiva sanción disciplinaria por el deber funcional infringido, la cual en virtud de la entidad del daño ocasionado, constituye una respuesta proporcional y adecuada que cumple al mismo tiempo su función preventiva especial, sin menoscabar la finalidad preventiva general predicable del Código Penal.

En este orden de ideas, si el funcionario judicial, al examinar cada caso concreto, considera que la sanción disciplinaria es la respuesta adecuada a la conducta, la imposición de una pena se torna innecesaria y hasta desproporcionada, por lo que resulta, totalmente, razonable que el legislador le haya permitido a la Fiscalía General de la Nación renunciar, suspender o abstenerse del ejercicio de la acción penal en estos casos, materializando con ello el principio de necesidad de la pena.

Aduce que no debe olvidarse que la necesidad, la proporcionalidad y razonabilidad son los tres principios a los cuales debe responder la imposición de cualquier pena<sup>9</sup>.

Explica que la severidad de las sanciones disciplinarias imponibles, como la destitución, la suspensión y las correspondientes inhabilidades para el ejercicio de funciones públicas, desde el punto de vista preventivo especial, impiden ver en la respuesta disciplinaria un mecanismo ineficaz para proteger el principio de moralidad.

Manifiesta que ello es evidente frente a las conductas cometidas en forma dolosa, pues de acuerdo con el artículo 48, numeral 1º, de la Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único) constituyen faltas gravísimas sancionables con destitución e inhabilidad, las cuales pueden fijarse por un período entre 10 y 20 años.

Con base en las anteriores consideraciones, concluye que la aplicación del principio de oportunidad, en los supuestos descritos en el artículo 324, numeral 10, de la Ley 906 de 2004, no desconoce el principio de moralidad en la función administrativa. Todo lo contrario, refuerza la posibilidad de que ciertas conductas sean sancionadas penal o disciplinariamente, cuando sus autores decidan apartarse del cabal cumplimiento de los deberes funcionales asignados, en desmedro del ejercicio de la función pública y del interés general que subyace a la misma, pero teniendo en cuenta los parámetros de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad que deben imperar en la imposición de las sanciones.

## VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### 1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4° de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir, definitivamente, sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia, pues la disposición acusada hace parte de una Ley de la República.

### 2. La materia sujeta a examen

Para los demandantes el numeral 10 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal” desconoce el principio de moralidad establecido en el artículo 209 superior y consecuentemente los artículos 1° y 2° constitucionales por

cuanto dicho numeral hace primar “la figura excepcional de la oportunidad” en detrimento de uno de los “valores irrenunciables en la administración de justicia” como función pública, a saber el principio de moralidad de toda función estatal, con lo que se lesiona la confianza de los ciudadanos en la acción del Estado. En particular destaca que en materia de respeto del principio de moralidad y de los deberes funcionales de los servidores del Estado no es posible hablar de lesión “leve” cuando se está ante atentados a bienes jurídicos de la administración pública o la recta administración de justicia, pues cualquier comportamiento que defraude las expectativas de los asociados implica una lesión a los fundamentos de legitimación del Estado, entonces siempre será grave.

El señor Fiscal General de la Nación, solicita a la Corte declarar la exequibilidad del numeral acusado y para el efecto hace énfasis en que i) cuando no existe lesión a un bien jurídico o ésta es insignificante no existe antijuricidad penal; ii) el derecho penal en el Estado Social de Derecho no se puede fundamentar únicamente en lesiones a deberes jurídicos sino que igualmente debe evidenciarse una lesión material a bienes jurídicos, iii) la afectación del bien jurídico es uno de los aspectos que determinan la gravedad de la conducta punible -lo que permite hablar de delitos insignificantes- y de ese análisis no se pueden exceptuar los delitos contra la administración pública y la recta impartición de justicia pues ello implicaría la violación del principio de lesividad al que se le ha reconocido relevancia constitucional; iv) cuando la infracción al deber funcional ha tenido como respuesta una sanción disciplinaria no se hace necesaria la persecución penal cuando la referida infracción es de poca significancia pues la sanción disciplinaria, -además de las otras acciones que puedan resultar aplicables como la fiscal o la de repetición-, es idónea para proteger los principios de la función pública y en particular el principio de moralidad sin necesidad de incurrir en el desgaste de una acción penal que congestione la actuación judicial y evite concentrar los esfuerzos en la persecución de las conductas más graves.

Los intervinientes en representación de la Academia Colombiana de Jurisprudencia igualmente solicitan a la Corte declarar la exequibilidad del numeral acusado. Hacen énfasis en que i) la disposición acusada no desborda la potestad de configuración del Legislador que en materia

de regulación del principio de oportunidad no encuentra obstáculo para incluir dentro de las hipótesis de dicho principio lo referente a los delitos contra la administración pública o la administración de justicia; ii) la antijuridicidad material constituye un principio esencial del derecho penal reconocido por la jurisprudencia constitucional y frecuentemente tomado en cuenta por el Legislador iii) aunque la hipótesis prevista en la disposición acusada no excluye por completo la antijuridicidad material de la conducta, su poca trascendencia y la existencia de otros mecanismos de control social ameritan la decisión de no activar innecesariamente la acción penal iv) en el presente caso contrario a lo que afirman los accionantes no se trata de una confrontación entre el principio de eficiencia en la administración de justicia y la moralidad pública como criterio fundante de la función pública, sino de la libre apreciación que en torno a la aplicación del postulado de la antijuridicidad material concede de manera amplia la Constitución al Legislador; v) mal podría aceptarse como principio general que jamás la ley puede graduar la significación de la afectación de unos bienes jurídicos como la administración pública o la recta impartición de justicia pues sería negar que efectivamente lo hace en muchas ocasiones en materia de diminuentes y atenuantes respecto de delitos que atentan contra dichos bienes jurídicos.

La Procuradora Auxiliar para asuntos constitucionales solicita a la Corte abstenerse de emitir pronunciamiento de fondo por ineptitud sustancial de la demanda. Empero señala que si la Corte en aplicación del principio pro actione resuelve adelantar el juicio respectivo la disposición acusada debe ser declarada exequible frente al cargo planteado.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Corresponde a la Corte en consecuencia establecer si asiste o no razón a los demandantes cuando afirman que el numeral 10 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 vulnera el principio de moralidad (art. 209 C.P.) y consecuentemente los artículos 1 y 2 superiores al establecer como una de las hipótesis en que puede darse aplicación al principio de oportunidad “Cuando en atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o recta impartición de

justicia, la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción disciplinarios”.

### 3. Consideraciones preliminares

Previamente la Corte considera necesario efectuar algunas precisiones relativas a: i) la solicitud de inhibición, ii) la potestad de configuración del legislador en materia penal y la relevancia en este campo de los principios de necesidad y de antijuricidad, iii) el principio de moralidad establecido en el artículo 209 superior su significado según la jurisprudencia y los diferentes instrumentos de protección a disposición del legislador, y iv) el principio de oportunidad, sus presupuestos y el contenido y alcance del numeral acusado, que resultan pertinentes para el análisis del cargo planteado en la demanda.

#### 3.1 La solicitud de inhibición

La Procuradora Auxiliar para asuntos constitucionales solicita a la Corte abstenerse de emitir pronunciamiento de fondo por ineptitud sustancial de la demanda por cuanto en su criterio los demandantes no expresaron claros y específicos argumentos para sustentar la acusación que formulan. Empero señala que si la Corte en aplicación del principio pro actione resuelve adelantar el juicio respectivo la disposición acusada debe ser declarada exequible frente al cargo así planteado.

Al respecto, cabe recordar que la Corte ha explicado de manera reiterada que en la medida en que el juicio de constitucionalidad se fundamenta en la necesidad de establecer si realmente existe una oposición objetiva y verificable entre el contenido de la ley y el texto de

la Constitución Política<sup>10</sup>, al ciudadano se le impone entonces como carga mínima que sustente de manera específica el concepto de la violación, a fin de que pueda existir una verdadera controversia constitucional<sup>11</sup>.

Por consiguiente, si un ciudadano demanda una norma, debe cumplir no sólo de manera formal sino también materialmente con este requisito, pues si no lo hace, hay una ineptitud sustancial de la demanda que, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Corporación, impide que la Corte se pronuncie de fondo<sup>12</sup>.

Ahora bien, en el presente caso la Corte constata que contrario a lo afirmado por la Procuradora Auxiliar para asuntos constitucionales, los demandantes no solo invocan las normas constitucionales que consideran vulneradas respecto de las cuales se admitió la demanda, -a saber los artículos 1, 2 y 29 superiores-, sino que explican que la vulneración de los mismos se da por cuanto “El especial deber que está en cabeza de los funcionarios, la protección de la confianza en su actividad, y por ende, de la moralidad no permite hablar de lesión “leve” cuando se está ante atentados a bienes jurídicos de la administración pública o la recta administración de justicia, pues cualquier comportamiento que defraude las expectativas de los asociados implica una lesión misma a los fundamentos de legitimación del Estado, entonces siempre será grave”

En este orden de ideas no puede afirmarse que los demandantes hayan incumplido la carga que les corresponde asumir para permitir el juicio de constitucionalidad, pues de la demanda se desprende claramente cuál es el numeral que se acusa, cuáles normas superiores se violan y cuáles las razones por las que se consideran vulneradas. Recuérdese que una cosa es la fundamentación necesaria de la demanda y otra la prosperidad de las pretensiones.

Ahora bien ha de recordarse que si bien los requisitos establecidos en el artículo 2° del Decreto 2067 de 1991 deben cumplirse, el rigor en el juicio que aplica la Corte al examinar

la demanda no puede convertirse en un método de apreciación tan estricto que haga nugatorio el derecho reconocido a todo ciudadano para acudir ante la Jurisdicción Constitucional y obtener una sentencia<sup>13</sup>.

Tales fueron las razones que se tuvieron en cuenta para admitir la demanda planteada y son las que llevan a la Corte a pronunciarse de fondo sobre la misma, de modo que la Corte no atenderá la solicitud formulada por la Procuradora Auxiliar para asuntos constitucionales y procederá a analizar la acusación planteada en la demanda.

### 3.2 La potestad de configuración del legislador en materia penal y la relevancia del principio de necesidad

3.2.1 La jurisprudencia de la Corte ha sido constante en afirmar la amplia potestad de configuración del legislador en materia penal. Esta potestad sin embargo, se encuentra claramente delimitada por los valores, preceptos y principios constitucionales y en particular por los principios de racionalidad y proporcionalidad a los que se ha referido la Corte en numerosas sentencias.

Así ha dicho la Corte de manera reiterada que:

“En principio, por virtud de la cláusula general de competencia legislativa que le atribuyen los artículos 114 y 150 de la Carta, el Congreso cuenta con la potestad genérica de desarrollar la Constitución a través de la creación de normas legales; ello incluye, por supuesto, la facultad de legislar sobre cuestiones penales y penitenciarias. No obstante, como lo ha reconocido ampliamente esta Corporación, dicha libertad de configuración del

legislador encuentra ciertos límites indiscutibles en la Constitución, la cual no le permite actuar arbitrariamente, sino de conformidad con los parámetros que ella misma establece. Es decir, se trata de una potestad suficientemente amplia, pero no por ello ilimitada; y en materia penal y penitenciaria, estos límites son particularmente claros, por estar de por medio derechos fundamentales muy caros para la persona humana, como lo son la libertad personal y el debido proceso, así como valores sociales tan importantes como la represión del delito o la resocialización efectiva de sus autores.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Entre los principales lineamientos que han sido señalados por la jurisprudencia constitucional para la acción del Legislador en estas áreas, se encuentra aquel según el cual las medidas que se tomen deben estar orientadas por los parámetros de una verdadera política criminal y penitenciaria, que sea razonada y razonable, y en ese sentido se ajuste a la Constitución. Quiere decir esto, que en desarrollo de sus atribuciones, el Congreso de la República puede establecer cuáles conductas se tipifican como delitos, o cuáles se retiran del ordenamiento; puede asignar las penas máxima y mínima atribuibles a cada una de ellas, de acuerdo con su ponderación del daño social que genera la lesión del bien jurídico tutelado en cada caso; e igualmente, puede contemplar la creación de mecanismos que, orientados hacia la efectiva resocialización de quienes hayan cometido hechos punibles, favorezcan el desestímulo de la criminalidad y la reinserción de sus artífices a la vida en sociedad. En los términos utilizados recientemente por la Corte en la sentencia C-592/98 (M.P. Fabio Morón Díaz), "el legislador, en ejercicio de las competencias constitucionales de las que es titular, puede establecer procedimientos distintos y consagrar regímenes diferenciados para el juzgamiento y tratamiento penitenciario de delitos y contravenciones, pudiendo, incluso, realizar diferenciaciones dentro de cada uno de estos grupos, en la medida en que unos y otros se fundamenten en criterios de razonabilidad y proporcionalidad que atiendan una valoración objetiva de elementos tales como, la mayor o menor gravedad de la conducta ilícita, la mayor o menor repercusión que la afectación del bien jurídico lesionado tenga en el interés general y en el orden social, así como el grado de culpabilidad, entre otros"<sup>14</sup>.

Es claro entonces que la potestad de configuración en este campo no es ilimitada, pues necesariamente está sometida a los valores, preceptos y principios constitucionales y a los referidos principios de racionalidad y proporcionalidad.

3.2.2 Para efectos de la presente sentencia resulta relevante recordar que en esta materia la Corte ha hecho énfasis en que es al Legislador a quien corresponde determinar la política criminal del Estado<sup>15</sup> y que desde esta perspectiva, a él compete, por principio, efectuar una valoración en torno de los bienes jurídicos que ameritan protección penal, las conductas susceptibles de producir lesiones en tales bienes, el grado de gravedad de la lesión que de lugar a la aplicación del ius puniendi, y el quantum de la pena que deba aplicarse.

Así mismo ha señalado que salvo los casos en que existe un deber constitucional de sancionar penalmente conductas tales como la tortura, el genocidio, las ejecuciones extrajudiciales, o las desapariciones forzadas.<sup>16</sup> no existe, de manera expresa, un imperativo constitucional conforme al cual determinados bienes jurídicos deban, necesariamente, protegerse a través del ordenamiento penal<sup>17</sup>. En ese orden de ideas la criminalización de una conducta solo puede operar como última alternativa<sup>18</sup> y sólo debe acudir entonces al derecho penal cuando no exista otro medio de protección de los bienes jurídicos que resulte menos invasivo de las libertades individuales.

Es lo que se ha llamado el principio de necesidad que se materializa a través de la exigencia de que la penalización solamente debe operar como ultima ratio, cuando las demás medidas no resultan efectivamente conducentes para lograr la protección adecuada de un bien jurídico.

Al respecto la Corte de manera reiterada<sup>19</sup> ha señalado lo siguiente:

“En un Estado social de derecho, fundado en la dignidad humana y en la libertad y autonomía de las personas (CP arts 1º, 5º y 16) resulta desproporcionado que el Legislador opte por el derecho penal para amparar bienes jurídicos de menor jerarquía que la libertad autonomía personales. Y es que el derecho penal en un Estado social de derecho tiene el carácter de última ratio, por lo que, resultan inconstitucionales aquellas penalizaciones que sean innecesarias. Así lo reiteró esta Corte, en la sentencia C-647 de 2001, MP Alfredo Beltrán Sierra, fundamento 4º, en donde señaló que “el derecho penal en un Estado democrático sólo tiene justificación como la ultima ratio que se ponga en actividad para garantizar la pacífica convivencia de los asociados”, por lo cual la “utilidad de la pena, de manera ineluctable, supone la necesidad social de la misma; o sea que, en caso contrario, la pena es inútil y, en consecuencia, imponerla deviene en notoria injusticia.” Por consiguiente, como consecuencia ineluctable de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, es claro que existen comportamientos, que por no afectar ningún bien jurídico de importancia, se encuentran excluidos del poder punitivo del Estado. Como se explicó en aparte anterior, la razón de estos límites materiales al derecho penal es que éste implica una afectación muy intensa de la libertad de las personas, por lo cual, sólo se justifica su presencia cuando se trate de amparar bienes jurídicos de mayor trascendencia que la propia libertad.”<sup>20</sup>

En ese orden de ideas, la Corte ha declarado la exequibilidad de diferentes disposiciones penales que eliminaban el carácter criminal de algunas conductas. Así, por ejemplo en la sentencia C-226 de 2002<sup>21</sup> la Corte declaró la constitucionalidad de una disposición de la Ley 599 de 2000, que eliminaba algunos tipos penales establecidos en el anterior Código Penal, y frente a la cual un ciudadano solicitó que se declarara su inconstitucionalidad parcial, para establecer que la bigamia y los matrimonios ilegales debían continuar siendo conductas punibles. La Corte afirmó:

“El actor acierta entonces en señalar la importancia de la familia en el orden constitucional y los deberes de protección que las autoridades tienen frente a esa institución. Igualmente, es claro que la Constitución reconoce y protege el matrimonio como una de las maneras de conformar una familia (CP art. 42). Por consiguiente, el demandante tiene también razón en concluir que la familia surgida del matrimonio está reconocida y protegida por la Carta, como una de las posibles formas familiares a la que pueden recurrir los colombianos.

“Sin embargo, de las anteriores premisas, no se sigue, en manera alguna, que la ley deba penalizar la bigamia y el matrimonio ilegal, por la sencilla razón de que la Carta, en ninguna parte, establece que la protección a la familia matrimonial deba obligatoriamente pasar por la criminalización de los comportamientos que la afecten. Como bien lo señalan los intervinientes, bien puede la ley recurrir a otras formas de protección de esa modalidad de familia matrimonial, como pueden ser las sanciones civiles, consistentes en la declaratoria de nulidad de ciertos matrimonios, que no reúnan los requisitos legales.

“En tales circunstancias, no teniendo el Legislador la obligación imperativa de criminalizar esos comportamientos, bien podía el Congreso, al expedir el nuevo estatuto penal, despenalizar esas conductas, sin violar por ello la Constitución.”<sup>22</sup>

En similar sentido en la sentencia C-804 de 2003<sup>23</sup> la Corte declaró la constitucionalidad de una norma del artículo 15 de la Ley 733 de 2002 - “por medio de la cual se dictan medidas tendientes a erradicar los delitos de secuestro, terrorismo y extorsión, y se expiden otras disposiciones” -, que derogaba el art. 172 del Código Penal y, en consecuencia, eliminaba la sanción penal para aquellas personas que intervinieran en la celebración de un contrato para asegurar el pago del rescate en el caso de un secuestro. En aquella ocasión la Corte manifestó que el Legislador estaba autorizado para prescindir de la sanción penal para esa conducta, la cual pasaba entonces a ser objeto de sanciones de carácter civil. Así mismo

reafirmó su posición acerca de que la sanción penal debía ser la última ratio.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

“6. Por otra parte, esta corporación ha manifestado que, en virtud del principio de intervención mínima, el ejercicio del poder punitivo por parte del Estado debe ser el último de los recursos, y, así mismo, debe ser lo menos gravoso posible para los derechos individuales, así:

‘La Corte considera oportuno en primer lugar advertir que no es cierto lo que plantea el actor en el sentido de que todas las actividades deben penalizarse, ya que en virtud del principio de intervención mínima la actuación punitiva del Estado, que restringe el campo de la libertad y que mediante la pena priva de derechos fundamentales o condiciona su ejercicio, por una parte, debe ser el último de los recursos (ultima ratio) de los que el mismo tiene a su disposición para tutelar los bienes jurídicos y, por otra parte, debe ser lo menos gravoso posible para los derechos individuales, mientras resulte adecuado para alcanzar los fines de protección que se persiguen. Ello significa que:

‘i) El Derecho Penal sólo es aplicable cuando para la protección de los bienes jurídicos se han puesto en práctica otras medidas no represivas, que pueden ser, por ejemplo, de carácter laboral, administrativo o mercantil, y ellas han resultado insuficientes; por tanto, sería desproporcionado e inadecuado comenzar con una protección a través del Derecho Penal.

‘ii) El Estado debe graduar la intervención sancionadora administrativa y penal, de modo que siempre que sea posible alcanzar el amparo del bien jurídico mediante el recurso a la

potestad sancionadora de la Administración, debe preferir ésta a la penal, por ser menos gravosa, al menos para las conductas menos dañosas o menos peligrosas.

‘Ello permite señalar el carácter subsidiario del Derecho Penal frente a los demás instrumentos del ordenamiento jurídico y, así mismo, su carácter fragmentario, en cuanto no tutela todos los ataques a los bienes jurídicos relevantes sino únicamente los más graves o más peligrosos.’ 24

Recientemente la Corte reiteró los anteriores criterios al declarar la inexecutable del artículo 12 de la Ley 890 de 2004, que introdujo un segundo inciso en el artículo 454 del Código Penal según el cual se impondría la pena fijada para el fraude a resolución judicial - prisión de dieciséis (16) a setenta y dos (72) meses y multa de seis punto sesenta y seis (6.66) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes- “al asistente en audiencia ante el juez que ejerza la función de control de garantías, ante el juez de conocimiento, ante el tribunal o la Corte Suprema de Justicia, que se niegue deliberadamente a cumplir las órdenes del juez o magistrado”.

Señaló la Corporación:

“24. Como ya se ha indicado, en el presente caso se observa que para la conducta descrita por la norma acusada existe otro tipo de sanciones distintas a la penal, que son menos drásticas en lo que se refiere a la afectación de los derechos del asistente a la audiencia que no acate una orden judicial, y tienen eficacia semejante para alcanzar los fines anteriormente mencionados. Pues bien, a pesar de la existencia de las normas correccionales para

sancionar la conducta indicada en la norma, el legislador decidió consagrar también la posibilidad de sancionarla penalmente. Sin embargo, en ninguna de las instancias de debate sobre la norma –es decir, ni en el trámite legislativo ni durante este proceso de constitucionalidad – surgió el más leve fundamento o razón para explicar por qué conductas de baja lesividad social debían ser elevadas a la categoría de delitos y sancionadas de manera tan drástica como lo dispone la norma acusada.

La situación descrita es censurable desde la perspectiva constitucional, puesto que de ninguna manera es evidente la gravedad del daño que genera la conducta sancionada por la norma. Como ya se señaló, dentro del concepto de órdenes no caben ni las sentencias ni los autos, ni las instrucciones dirigidas a evitar la perturbación de la audiencia. Ello significa que, en principio, las órdenes cuya desatención podría generar la sanción penal estipulada pueden ser consideradas como no fundamentales para el desarrollo del proceso penal y la misma majestad de la justicia. Es por eso que la agravación de su tratamiento requeriría de una fundamentación suficiente, para ajustarse al principio que establece que el derecho penal es la última ratio.

Los anteriores argumentos conducen a la conclusión de que la norma acusada vulnera el principio de necesidad. Como se ha mencionado, no existe ningún argumento que justifique de alguna manera la consagración como delito de la conducta analizada y que indique que las sanciones correccionales eran insuficientes para asegurar la obediencia de las órdenes accesorias que dicten los jueces dentro de las audiencias. De esta forma, se introdujeron recias condenas penales para situaciones que hasta ahora venían siendo tratadas a través de medidas correccionales, sin que por ninguna parte apareciera alguna razón que justificara la necesidad de adoptar esta decisión punitiva.<sup>25</sup> Lo anterior constituye una vulneración flagrante del principio de necesidad de la pena, que amerita que la norma también sea declarada inconstitucional por esta causa.

Sobre este punto cabe precisar que el respeto al amplio margen de configuración normativa

que tiene el legislador en materia penal impone que solamente de manera excepcional se pueda declarar la inconstitucionalidad de una norma penal con base exclusiva en la violación del principio de la última ratio. Ello puede ocurrir en situaciones extremas como la presente, donde hay certeza de que existen en la propia legislación vigente medios alternativos menos lesivos y de eficacia semejante para lograr los objetivos perseguidos por la norma establecida en el artículo 12 acusado<sup>26</sup>.

De todo lo anterior se desprende que en el Estado de Derecho, a la sanción penal sólo debe llegarse cuando se ha producido una grave afectación de un bien jurídico, mediante un comportamiento merecedor de reproche penal y siempre y cuando la pena resulte estrictamente necesaria<sup>27</sup>.

En este contexto, el legislador bien puede optar por prescindir de la protección penal, cuando considere que basta con los mecanismos previstos en otros ordenamientos, como v.gr. la nulidad de los actos jurídicos o la indemnización de perjuicios en el derecho civil o la responsabilidad patrimonial y disciplinaria en el derecho administrativo. O puede atenuar las medidas de protección penal, restringiendo el ámbito del tipo penal, o reduciendo el quantum de la pena, o, en fin, excluir la responsabilidad o la punibilidad. Y todo dentro de la valoración, también, de la medida en que se estima vulnerado el bien jurídico protegido<sup>28</sup>.

3.3 El principio de moralidad establecido en el artículo 209 superior. Su significado según la jurisprudencia y los diferentes instrumentos de protección establecidos en la Constitución

3.3.1 Cabe recordar que la organización administrativa del Estado tiene a su cargo, primordialmente, el ejercicio de la función administrativa estatal, la que, de conformidad con lo prescrito en el artículo 209 de la Constitución colombiana "... está al servicio de los

intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones”.

En ese orden de ideas, la búsqueda y logro de los intereses generales, evidentemente, impone a las autoridades una gestión objetiva que debe encauzarse mediante la observancia, entre otros, de los principios enunciados en el artículo constitucional transcrito, propios del quehacer administrativo público.

Se acepta, igualmente que la aplicación del derecho público significa generalmente facilidad en la demostración del incumplimiento o infracción de ciertos principios de toda actuación del Estado y de las autoridades administrativas, en especial, los de moralidad, publicidad e imparcialidad, que aseguran, en su conjunto, la transparencia en la consecución y preservación de los intereses públicos<sup>29</sup>.

De otra parte, en el plano de los deberes jurídicos ha de recordarse que el artículo 6° de la Constitución Política señala que “los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”. Es decir que de acuerdo con dicho texto superior los servidores públicos no pueden hacer sino aquello que les está permitido por la Ley y que serán responsables por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Así mismo que en tal calidad se comprometen a cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que les incumben ejerciendo sus funciones en la forma prevista en dicho texto superior, en la Ley y el reglamento y tomando en cuenta que están al servicio del estado y de la comunidad y no de sus propios intereses (arts. 122-2 y 123-2 C.P.).

Al respecto, ha señalado la Corporación:

“La Constitución de 1991 ha utilizado la expresión genérica de -servidores públicos- para resaltar que quienes pertenecen a esta categoría están al servicio del Estado y de la comunidad (art. 123 C.P.) y que no desempeñan los cargos o empleos -por importantes que ellos sean- en su propio beneficio e interés, sino en el colectivo, siendo por tanto depositarios de la confianza pública, que no pueden defraudar, respondiendo en consecuencia por sus acciones u omisiones (art. 6 C.P.)”<sup>30</sup>

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

En el mismo sentido esta Corporación al tiempo que ha destacado el carácter finalista y no simplemente nominal de la noción de servidor público<sup>31</sup>, ha hecho énfasis en el derecho y la obligación para el Estado de controlar y sancionar las actuaciones de dichos servidores que se desvían del cumplimiento de sus deberes funcionales en función de la protección los referidos principios del artículo 209 superior.

Ha precisado la Corte:

“Cuando el servidor público no sólo deja de ser la herramienta eficaz para el logro de los fines, sino que, mediante actuaciones que no cumplan los principios enunciados de “de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad” (art. 209 de la Carta), nace para el Estado el derecho de controlar, a través de la jurisdicción contencioso administrativa, tanto el acto o contrato administrativo en que quedó plasmada la actuación del servidor público en violación de los fines últimos del Estado, como su responsabilidad desde los demás ámbitos, penal, civil, disciplinario, laboral”<sup>32</sup>.

3.3.2 En relación con el principio de moralidad a que se alude en el artículo 209 superior respecto de la función administrativa<sup>33</sup>, la Corte ha señalado que este es extensible a toda la actividad estatal, en virtud de los artículos 1° y 2° superiores<sup>34</sup>.

Dicho principio de moralidad irradia entonces toda la actuación de los servidores públicos y de los particulares que cumplen funciones públicas<sup>35</sup> y para su protección en la Constitución se establecieron múltiples instrumentos encaminados a asegurar su respeto. Así por ejemplo, el texto superior señala claros mandatos destinados a asegurar el cumplimiento transparente e imparcial de las funciones públicas (arts. 83, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 291, 292 C.P. ) establece directamente un régimen de inhabilidades incompatibilidades y prohibiciones para el caso de los Congresistas, ( arts 179 a 186), así como para el caso del Presidente de la República (art. 197 C.P.) los Magistrados de la Corte Constitucional (art. 240 y 245 C.P.), del Consejo Nacional Electoral (art. 264 C.P.), del los Diputados ( art. 299 C.P.) y confiere al legislador competencia para establecer el de los demás servidores (arts. 123, 150-23, 253, 279, 293, 312 C.P. ) establece diferentes acciones y recursos para exigir el cumplimiento de las funciones públicas de acuerdo con la Constitución y la Ley (arts. 87, 89, 92 C.P.). Particular mención merece el establecimiento de la acción de repetición (art 90 inciso 2) así como las acciones populares (art. 88 C.P.) dentro de cuyo objeto se señala expresamente la defensa de la moralidad administrativa<sup>36</sup>.

En similar sentido ha de recordarse que el control fiscal (art. 267 C.P.), el control disciplinario ( art. 277 C.P.), el control interno (art. 209- segundo inciso C.P. ) tienen como uno de sus objetivos asegurar precisamente el cumplimiento de los principios enunciados en el artículo 209 superior y dentro de ellos obviamente el principio de moralidad.

El Legislador en armonía con dichos enunciados ha señalado en múltiples disposiciones, el necesario respeto de este y los demás principios señalados como presupuesto de toda actuación pública. Así a título simplemente de ejemplo cabe recordar el artículo 3° de la Ley 489 de 1998 donde se señala que la función administrativa se desarrollará conforme a los principios constitucionales, en particular los de buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia. Los principios anteriores se aplicarán, igualmente, en la prestación de servicios públicos, en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen. Así mismo que los principios de la función administrativa deberán ser tenidos en cuenta por los órganos de control y el Departamento Nacional de Planeación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 343 de la Constitución Política, al evaluar el desempeño de las entidades y organismos administrativos y al juzgar la legalidad de la conducta de los servidores públicos en el cumplimiento de sus deberes constitucionales, legales o reglamentarios, garantizando en todo momento que prime el interés colectivo sobre el particular.

De lo anterior se concluye que son pues variados los instrumentos encaminados a reprimir el incumplimiento del principio de moralidad, por lo que es claro que no es solamente la acción penal (art. 250 C.P.) -cuando como responsable de la determinación de la política criminal del Estado el Legislador tipifica determinadas conductas como delitos- con la que se cuenta en nuestro ordenamiento para asegurar su vigencia y respeto.

#### 3.4 El principio de oportunidad, sus presupuestos y el contenido y alcance del numeral acusado

De acuerdo con el artículo 250 superior tal como quedó modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002 “ La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la

posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. -resalta la Corte-. Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio”.

Al respecto la Corte ha explicado<sup>37</sup> que el Acto Legislativo 03 de 2002 establece como principio general el de legalidad en su acepción procesal, que responde a una concepción de retribución absoluta, en el sentido de que el Estado, para la consecución de sus fines, tiene el deber de investigar y castigar cualquier violación de la ley penal. Dicho principio, apunta a garantizar un tratamiento igual para todos los ciudadanos, así como el derecho de toda persona a i) acceder a la administración de justicia, ii) a la seguridad jurídica y iii) a que no quede en manos de las autoridades la decisión de quien debe ser castigado en cada caso concreto. De allí que el proceso penal no sólo sea considerado un instrumento para la aplicación de la ley sustantiva, sino que aquél se torna irrenunciable cuando se produce en la realidad el supuesto de hecho previsto en la ley. Así pues, el inicio del proceso, o la continuación del mismo, no es asunto del que puedan disponer libremente el fiscal, el juez o la víctima.

De tal suerte que, el Estado ejerce el ius puniendi sin consideración a la voluntad del ofendido, salvo en los delitos querrelables, interviniendo en la investigación de todos los hechos punibles de que tenga noticia “siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible comisión del mismo”. En consecuencia, le está vedado a la Fiscalía suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal.

No obstante lo anterior, el Acto Legislativo 03 de 2002 introdujo como novedad, y con carácter excepcional, el principio de oportunidad.

La Corte en la Sentencia C- 673 de 2005 precisó que el Acto Legislativo 03 de 2002 acogió la fórmula del principio de oportunidad reglada<sup>38</sup>, regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, es decir, que al momento de aplicarlo para suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal, lo podrá hacer solo con fundamento en alguna de las causales expresamente señaladas por el legislador, con el debido control de la legalidad ante un juez de control de garantías.

En dicha sentencia la Corte señaló que un examen atento de los antecedentes legislativos<sup>39</sup> del nuevo Código de Procedimiento Penal evidencia que partiendo del texto del Acto Legislativo 03 de 2002, el principio de oportunidad tal como fue regulado en la Ley 906 de 2004 -del que hace parte la disposición acusada- presenta las siguientes características:

(i) El Legislador diseñó un modelo acusatorio propio con aplicación del principio de oportunidad reglado; (ii) antes que ser concebido como un simple mecanismo de descongestión de la justicia penal, se buscó con aquél racionalizar la ejecución de la política criminal del Estado; (iii) se establecieron diversos límites normativos y controles materiales judiciales concretos y efectivos al ejercicio de dicho principio, en el sentido de que no quedase su aplicación al completo arbitrio de la Fiscalía General de la Nación<sup>40</sup>; (iv) fue la voluntad del Congreso de la República que el principio de oportunidad se aplicase esencialmente para los delitos “bagatela” pero también que se constituyera en un instrumento para combatir el crimen organizado; y (v) las víctimas fuesen tenidas en cuenta al momento de adoptar una decisión en la materia.

Ha de recordarse que la Ley 906 de 2004 dispuso claramente, que la aplicación del principio de oportunidad deberá hacerse con sujeción a la política criminal del Estado<sup>41</sup>; recalcó que la Fiscalía General de la Nación está obligada a perseguir a los autores y partícipes en los hechos que revistan las características de una conducta punible que llegue a su

conocimiento, excepto por la aplicación del principio de oportunidad, en los términos y condiciones previstos en este código<sup>42</sup>; que la Fiscalía General de la Nación podrá suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, en los casos que establece el código para la aplicación del principio de oportunidad<sup>43</sup>; y, dispuso 17 casos en los cuales se puede aplicar dicho principio<sup>44</sup>, posibilidad que en todo caso debe ser valorada en concreto en cada caso por el juez de garantías<sup>45</sup> y con participación de las víctimas<sup>46</sup>

Dentro de esos casos el Legislador estableció en el numeral 10 del artículo 324 -disposición acusada- que el principio de oportunidad puede aplicarse “cuando en atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o recta impartición de justicia, la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción disciplinarios”.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Al respecto ha de recordarse que los títulos XV y XVI del Libro Segundo de la Ley 599 de 2000 “Por la cual se expide el Código Penal” actualmente establecen respectivamente los delitos contra la administración pública (arts. 397 a 434)<sup>47</sup> y contra la eficaz y recta impartición de justicia (arts. 435 a 454c)<sup>48</sup>, bienes jurídicos funcionales a los que se alude en la disposición acusada.

El Legislador supedita dicha posibilidad a dos precisos requisitos, a saber i) que la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa -es decir que la afectación de la administración pública o de la eficaz y recta impartición de justicia sea leve, valoración que deberá efectuar en concreto la Fiscalía, y el juez de garantías encargado de realizar el respectivo análisis de antijuricidad y proporcionalidad con ocasión del control de legalidad respectivo- y ii) que la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción disciplinarios -es decir que en relación con la misma

conducta se configure una falta disciplinaria que dé o haya dado lugar a la imposición de la sanción respectiva.

En relación con esta última condición cabe precisar que en la medida en que la disposición se refiere expresamente al “deber funcional” ha de entenderse que se alude en este caso a hipótesis en que los servidores públicos o los particulares que cumplan funciones públicas y como tal estén sometidos a la potestad disciplinaria incurran en conductas respecto de las cuales quepa junto con la imposición de la sanción penal endilgarles responsabilidad disciplinaria por el incumplimiento de dichos deberes funcionales.

Recuérdese que el fundamento de la imputación y, en consecuencia, del ejercicio de la potestad sancionadora del Estado en materia disciplinaria está determinado por la infracción de los deberes funcionales<sup>49</sup> y que ello puede predicarse tanto de los servidores públicos como de los particulares que cumplen funciones públicas<sup>50</sup>.

Es pues en relación con dichos servidores públicos o con dichos particulares que cumplen funciones públicas que ha de entenderse entonces establecida la posibilidad de dar aplicación al principio de oportunidad si se reúnen las condiciones a que aludió el Legislador en el numeral acusado.

#### 4. El análisis del cargo

Para los demandantes el numeral 10 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal” desconoce el principio de moralidad establecido en el artículo 209 superior y consecuentemente los artículos 1° y 2° constitucionales por cuanto dicho numeral hace primar “la figura excepcional de la oportunidad” en detrimento

de uno de los “valores irrenunciables en la administración de justicia” como función pública, a saber el principio de moralidad de toda función estatal, con lo que se lesiona la confianza de los ciudadanos en la acción del Estado. En particular destacan que en materia de respeto del principio de moralidad y de los deberes funcionales de los servidores del Estado no es posible hablar de lesión “leve” cuando se está ante atentados a bienes jurídicos de la administración pública o la recta administración de justicia, pues cualquier comportamiento que defraude las expectativas de los asociados implica una lesión a los fundamentos de legitimación del Estado, entonces siempre será “grave”.

Al respecto la Corte constata que como se desprende de las consideraciones preliminares de esta sentencia y contrario a lo afirmado por los demandantes, con la expedición del numeral acusado el Legislador no desbordó la potestad de configuración que le es atribuida en materia penal y específicamente no vulneró el principio de moralidad establecido en el artículo 209 superior ni consecuentemente los artículos 1° y 2° superiores.

Como se desprende de las mismas consideraciones preliminares es claro que para la protección del principio de moralidad administrativa, que constituye sin duda un pilar esencial del funcionamiento del Estado<sup>51</sup>, el Legislador no se encuentra obligado a acudir necesariamente a la acción penal para sancionar su inobservancia.

Como allí se señaló en el Estado de Derecho, a la sanción penal en función del principio de necesidad sólo debe llegarse cuando se ha producido una grave afectación de un bien jurídico, mediante un comportamiento merecedor de reproche penal y siempre y cuando que la pena resulte estrictamente necesaria<sup>52</sup>.

Valga reiterar lo señalado por la Corte Constitucional en este sentido en diferentes sentencias de las que se concluye que:

“i) El Derecho Penal sólo es aplicable cuando para la protección de los bienes jurídicos se han puesto en práctica otras medidas no represivas, que pueden ser, por ejemplo, de carácter laboral, administrativo o mercantil, y ellas han resultado insuficientes; por tanto, sería desproporcionado e inadecuado comenzar con una protección a través del Derecho Penal.

‘ii) El Estado debe graduar la intervención sancionadora administrativa y penal, de modo que siempre que sea posible alcanzar el amparo del bien jurídico mediante el recurso a la potestad sancionadora de la Administración, debe preferir ésta a la penal, por ser menos gravosa, al menos para las conductas menos dañosas o menos peligrosas.

‘Ello permite señalar el carácter subsidiario del Derecho Penal frente a los demás instrumentos del ordenamiento jurídico y, así mismo, su carácter fragmentario, en cuanto no tutela todos los ataques a los bienes jurídicos relevantes sino únicamente los más graves o más peligrosos.” 53

A ello debe agregarse que como igualmente se ha explicado la posibilidad de que mediante otros instrumentos se proteja dicho principio lleva a que el legislador bien pueda optar por prescindir de la protección penal, cuando considere que basta con los mecanismos previstos en otros ordenamientos, -como en este caso en la normatividad disciplinaria-, o pueda atenuar las medidas de protección penal, restringiendo el ámbito del tipo penal, o reduciendo el quantum de la pena, o, en fin, excluir la responsabilidad o la punibilidad. Y todo ello dentro de la valoración, también, de la medida en que se estime vulnerado el bien jurídico protegido<sup>54</sup>.

Ahora bien, desde esta perspectiva y contrario a lo afirmado por los actores no es cierto que en esta materia no quepa ningún tipo de graduación de la conducta de los servidores públicos o de los particulares que cumplen funciones públicas que incurran en actuaciones que atenten contra bienes jurídicos de la administración pública o la recta administración de justicia y por consiguiente no pueda optarse por el Legislador por un determinado mecanismo de protección -penal o disciplinario- ni pueda graduarse la sanción a imponer - que en criterio de los actores necesariamente debería ser siempre la máxima dada la gravedad que siempre tiene el incumplimiento de los deberes funcionales por parte de dichos servidores y particulares tratándose de la afectación de la administración pública y la administración de justicia-.

Ello no solo desconoce el principio de necesidad a que se ha hecho referencia sino el principio de antijuricidad material que ha sido acuñado por la doctrina jurídico penal y recogido en la legislación como uno de los elementos necesarios del delito. Principio al que esta Corporación ha reconocido como ya se señaló clara relevancia constitucional<sup>55</sup>.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Ahora bien, como lo ponen de presente los intervinientes en representación de la Academia Colombiana de Jurisprudencia en el presente caso no se trata, contrario a lo que afirman los accionantes<sup>56</sup>, de una confrontación entre el principio de la eficiencia en la administración de justicia y la moralidad pública como criterio fundante del ejercicio de la función pública, sino de la libre apreciación que en esta materia atribuye el Constituyente al Legislador bajo presupuestos de razonabilidad y proporcionalidad.

En ese orden de ideas y en la medida en que el presupuesto del que parten los demandantes, a saber, la imposibilidad de graduar la potestad punitiva respecto de la violación del principio de moralidad no es cierto, la acusación así formulada pierde claramente su fundamento.

A ello debe agregarse que el principio de oportunidad establecido en el artículo 250 superior tal como fue modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002 cuya naturaleza es estrictamente excepcional (i) fue supeditado por el Constituyente derivado a la política criminal del Estado; (ii) la aplicación de este principio no constituye una antinomia del principio de legalidad, como quiera que constituye una oportunidad reglada que, se reitera, es excepcional, no arbitraria, sujeta al control de garantías, con presencia del Ministerio Público y con participación de la víctima a la que se debe escuchar y está sometida adicionalmente en su ejercicio interno por la Fiscalía a un reglamento expedido por el Fiscal General de la Nación que deberá desarrollar el plan de política criminal del Estado; (iii) este principio se predica de conductas antijurídicas y lesivas del bien jurídico, que el legislador sustrae con todos sus elementos de la acción punitiva, como resultado de una valoración político criminal, que conduce a considerarlas de poca significación desde la perspectiva de afectación del bien jurídico protegido; (iv) dicho principio alude a delitos de entidad menor y específicamente en el caso de los atentados contra los bienes jurídicos de la administración pública o recta impartición de justicia, a que alude el numeral acusado se prevé claramente que la infracción del deber funcional tenga o haya tenido una respuesta de orden disciplinario y la afectación del bien jurídico resulte poco significativa; (v) en este caso no se trata de discriminar conductas con medidas distintas, para sustentarlas del ámbito penal, sino que se atribuye al Estado la opción de no proseguir excepcionalmente la acción penal en una hipótesis concreta -la señalada en el numeral 10 acusado-, conforme a una valoración político criminal, para la cual el constituyente autorizó al Legislador y que en el caso del numeral acusado se refiere específicamente a los denominados delitos "bagatela".

Ha de concluirse entonces que en relación exclusivamente con el cargo por el supuesto desconocimiento del artículo 209 constitucional y consecuentemente de los artículos 1° y 2° superiores por parte, exclusivamente también, del numeral 10 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, la Corte no encuentra razones para que la demanda prospere y así se señalará en la parte resolutive de esta sentencia.

## VII. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación y cumplidos los trámites previstos en el Decreto 2067 de 1991, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

## RESUELVE

Declarar EXEQUIBLE, exclusivamente en relación con el cargo analizado, el numeral 10 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal".

Cópiese, notifíquese, publíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Presidente

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado CON SALVAMENTO DE VOTO

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado AUSENTE EN COMISION

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado AUSENTE EN COMISION

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA C - 988 DE 2006 DEL MAGISTRADO JAIME ARAUJO  
RENTERIA

Referencia: D- 6207.

Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 10 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004

Magistrado Ponente

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Con el debido respeto por las decisiones de esta Corporación, me permito presentar  
Salvamento de Voto frente a la presente sentencia, por las siguientes razones de fondo:

1. En primer lugar, sostengo que es un error considerar que el principio de oportunidad es consustancial al proceso acusatorio, cuando es todo lo contrario, ya que este sistema le atribuye a la Fiscalía el monopolio para acusar y por ende, le impone el deber de adelantar y realizar la investigación de los hechos que constituyan un delito, de los cuales tenga conocimiento. En mi opinión, este principio es una anomalía de un sistema, en el que sólo puede acusar el Estado, por lo que siempre debería acusar.

2. En segundo lugar, considero que la aplicación del principio de oportunidad en ciertas hipótesis, como la prevista en la norma acusada, viola el principio de legalidad, puesto que tipificado un delito y cometido éste, el Estado no puede dejar de investigar.

3. En tercer lugar, es de recordar que el derecho penal actúa como última ratio del legislador y en virtud del principio de fragmentación sólo entra a actuar frente a ciertas conductas que se consideran un atentado contra bienes jurídicos que debe proteger.

4. En cuarto lugar, el principio de oportunidad implica, a mi juicio, una contradicción interna en el ordenamiento penal, puesto que no se entiende, cómo, de un lado, tiene el legislador potestad para despenalizar conductas y, de otro lado, frente a conductas que siguen siendo delitos, se prosiga la acción penal en unos casos y en otros no.

5. En quinto lugar, considero que es contrario a una democracia escoger a quién se investiga, lo que es tanto como decirle al juez que disponga de la acción penal, más en un sistema como el nuestro, en donde se pueden introducir razones de orden político. Por ello sostengo que la aplicación del principio de oportunidad rompe la igualdad frente al sistema penal.

6. En sexto lugar y respecto del principio de igualdad, sostengo que el principio de oportunidad en el numeral acusado, viola el derecho de igualdad de dos personas que han incurrido en la misma conducta, en cuanto una es investigada y eventualmente sancionada penalmente, mientras que la otra no. Aún en el ejemplo que consideramos en sesión de la Sala Plena (la del servidor público que sustrae lápices para sus hijos), la objeción de igualdad no se supera, pues las sanciones serían distintas para dos personas que han incurrido en la misma conducta punible. Además, no todas las conductas sancionadas penalmente, son también objeto de sanción disciplinaria, como también no toda falta disciplinaria constituye un delito.

7. En séptimo lugar, considero necesario recordar que en nuestro sistema pueden haber simultáneamente sanciones de diferente naturaleza por la misma conducta. Por ello, el principio de oportunidad no equivale a la preclusión, en la medida en que de adelantarse la investigación se podría llegar a una condena, de conformidad con el principio de legalidad y el debido proceso penal.

8. En octavo lugar y atendiendo a consideraciones de derecho comparado, creo conveniente observar que en Estados Unidos el principio de oportunidad es un principio amplio, pero esto en un sistema en que la Fiscalía forma parte de la rama ejecutiva del poder y por lo tanto responde políticamente. En Alemania, la aplicación de dicho principio pasa por el control de unas causales legales, y los criterios son más claros, como el de duración de la pena.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

10. En décimo lugar, manifiesto que aún cuando estoy de acuerdo en que los delitos bagatela sean excluidos de la sanción penal, no lo estoy respecto de los delitos mencionados en el numeral acusado, los cuales atentan contra el interés general.

11. Finalmente, me permito precisar que no he negado que exista la excepción respecto del principio de oportunidad, lo que he señalado es que la aplicación del principio de oportunidad no debe llevarse al extremo de que se vuelva una regla general. Por lo tanto me permito llamar la atención sobre el numeral acusado, pues no se entiende cuándo una conducta que atenta contra la administración pública o la impartición de la recta jurídica es grave o no para la administración. Por esta vía, se puede introducir cualquiera de esas conductas en el supuesto del citado numeral.

Por las razones expuestas salvo mi voto a la presente sentencia.

Fecha ut supra,

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

1 Los actores citan a Claus Roxin, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Barcelona, 2000, p. 387 en el siguiente aparte “el elemento que (...) decide sobre la autoría constituye una infracción de un deber extrapenal que no se extiende necesariamente a todos los implicados en el delito, pero que es necesario para la realización del tipo, se trata siempre de deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma y que, por lo general, se

originan en otras ramas jurídicas”.

2 Los actores citan apartes de la Sentencia SU-1184 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

3 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

4 Citan apartes de la Sentencia C-404 de 1998, M.P. Carlos Gavina Díaz y Eduardo Cifuentes Muñoz.

5 Invocan la Sentencia C-673 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández

6 Al respecto citan apartes de las sentencias C- 554 de 2001 y C- 244 de 1996..

7 Invoca la sentencia C-070 de 1996 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

8 Al respecto citan apartes de las Sentencia C-064 de 2003, M. P. Jaime Araujo Rentería y C-173/01 M.P. Álvaro Tafur Galvis .

9 Invoca la Sentencia C-647 de 2001M.P. Alfredo Beltrán Sierra .

10 Defectos a los cuales se ha referido la jurisprudencia de la Corte cuando ha señalado la ineptitud de una demanda de inconstitucionalidad, por inadecuada presentación del concepto de la violación. Cfr. los autos 097 de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y 244 de 2001 M.P. Jaime Córdoba Triviño y las sentencias C-281 de 1994 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, C-519 de 1998 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, C-177 de 2001 M.P. Fabio Morón Díaz, C-013 de 2000 y C-362 de 2001 M.P. Alvaro Tafur Gálvis, C-1052 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, entre varios pronunciamientos.

11 Sentencia C-044 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

12 Ver, entre otras, las sentencias C-509 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-236 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell; C-013 de 2000, C-362 de 2001 y C-045 de 2003, M.P.

M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

13 Ver entre otras las Sentencias C-1052/01 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, C-362/01 y C-510/04 M.P. Alvaro Tafur Gálvis.

14 Sentencia C-1404/2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alvaro Tafur Galvis. En el mismo sentido ver entre otras la sentencia C-173/01 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

15 Al respecto la Corte en la sentencia C-420/02 M.P. Jaime Córdoba Triviño señaló “Si bien es cierto que el parlamento no es, ni mucho menos, la única instancia del poder público en la que se pueden diseñar estrategias de política criminal, no puede desconocerse que su decisión de acudir a la penalización de comportamientos no sólo es legítima frente a la Carta por tratarse del ejercicio de una facultad de la que es titular sino también porque ella cuenta con el respaldo que le transmite el principio democrático. Es una conquista del mundo civilizado que normas tan trascendentes en el ámbito de los derechos fundamentales como las que tipifican conductas penales y atribuyen penas y medidas de seguridad a sus autores o partícipes, sean fruto de un debate dinámico entre las distintas fuerzas políticas que se asientan en el parlamento pues sólo así se garantiza que el ejercicio del poder punitivo del Estado se ajuste a parámetros racionales y no se distorsione por intereses particulares o necesidades coyunturales.

De este modo, entonces, el legislador cuenta con un margen de libertad para el diseño de la política criminal del Estado y, en consecuencia, para la tipificación de conductas punibles.

Sin embargo, es evidente que no se trata de una potestad ilimitada, pues, como se sabe, en el constitucionalismo no existen poderes absolutos. En el caso de la política criminal, no obstante contar el legislador con un margen de maniobra, es claro que no podrán concebirse mecanismos que sacrifiquen los valores superiores del ordenamiento jurídico, los principios constitucionales y los derechos fundamentales. Esto es así por cuanto el diseño de la política criminal del Estado implica ejercicio de poder público y no existe un solo espacio de éste que se halle sustraído al efecto vinculante del Texto Fundamental.

Entonces, el único supuesto en el que el criterio político-criminal del legislador sería susceptible de controvertirse ante el juez constitucional se presentaría cuando ha conducido

a la emisión de normas que controvierten el Texto Fundamental. No obstante, en este caso es claro que lo que se cuestionaría no sería un modelo de política criminal en sí sino la legitimidad de reglas de derecho por su contrariedad con la Carta y de allí que, en esos supuestos, la decisión de retirarlas del ordenamiento jurídico tenga como referente esa contrariedad y no el criterio de política criminal que involucran.” En similar sentido ver la sentencia C- 646/01 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

16 Ver entre otras las sentencias C-225/95 M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-368/00 M.P. Carlos Gaviria Díaz, C-177/01 M.P. Fabio Morón Díaz, y C-226/02 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

17 Al respecto ver entre otras la Sentencia C-689/02 M.P. Alvaro Tafur Galvis en la que se señaló “Tratándose de una facultad legislativa, debe tenerse claro que la Carta no contiene un mandato ineludible dirigido al Legislador para que el control social de una conducta se haga de una u otra manera. Ello es así en cuanto son las circunstancias propias de la realidad de cada época las que en su momento debe valorar la instancia legislativa para inferir las consecuencias imponibles a los transgresores de una norma.

De no ser así resultaría que los delitos y las contravenciones actualmente existentes deberían asumirse como unas instituciones estáticas sin la menor posibilidad de reconsiderarse en atención a las necesidades político criminales que puedan llegar a identificarse por el Legislador”.

18 Ver Sentencia C-489/02 M.P. Rodrigo Escobar Gil A.V. Manuel José Cepeda Espinosa. Sentencia que declaró la exequibilidad del artículo 225 y del numeral octavo del artículo 82 de la Ley 599 de 2000, por los cargos analizados en esa providencia- En el mismo sentido ver entre otras las sentencias C-647/01 M.P. Alfredo Beltrán Sierra S.V. Marco Gerardo Monroy y Rodrigo Escobar Gil A.V. Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra, Manuel José Cepeda Espinosa, Clara Inés Vargas Hernández, C-312/02 M.P. Rodrigo Escobar Gil, C-370/02 M.P. Eduardo Montealegre Lynett S.V. Rodrigo Escobar Gil S.P.V. Eduardo Montealegre Lynett, C-897/05 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

19 Al respecto ver la síntesis efectuada en las sentencias C-489/02 M.P. Rodrigo Escobar Gil A.V. Manuel José Cepeda Espinosa y C-897/05 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa cuyos considerandos se reiteran en los siguientes apartes.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

20 Sentencia C-939 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett S. V. Marco Gerardo Monroy Cabra y Rodrigo Escobar Gil. -sentencia que declaró la inconstitucionalidad del Decreto 1900 de 2002, dictado en ejercicio de las facultades derivada de la declaración del estado de conmoción interior mediante el cual se creaban distintos tipos penales.. En el mismo sentido ver entre otras la sentencia C-252 de 2001 M.P. Carlos Gaviria Díaz. S.V. Alfredo Beltrán Sierra y Álvaro Tafur Galvis A.V Manuel José Cepeda Espinosa -sentencia que versó sobre distintas normas de la Ley 553 de 2000, modificatorias del régimen del recurso de casación- .

21 M.P. Álvaro Tafur Galvis. A. V. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett. .

22 Sentencia C-226 de 2002 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

23 M.P. Jaime Araujo Rentería.

24 Sentencia C-356 de 2003. M. P. Jaime Araújo Rentería. -Sentencia que versó sobre el artículo 294 del Código Penal, demandado en ese proceso porque no había penalizado la falsedad en el documento electrónico-.

25 En este punto es importante mencionar que el análisis de la norma a partir de la premisa de la ultima ratio o subsidiariedad se traslapa en ocasiones con el análisis que se realiza desde la perspectiva de la proporcionalidad. Ello se explica porque, como dice Jacobs, “el principio de subsidiariedad constituye la variante penal del principio constitucional de proporcionalidad, en virtud del cual no está permitida la intervención penal si el efecto se puede alcanzar mediante otras medidas menos drásticas.” (Jacobs, Günther: Derecho penal.

Parte general. Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 61. Ver también sobre el mismo punto a Roxin, Claus: Derecho penal. Parte General. Civitas, 1997, pp. 65-67).

26 C-897/05 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

27 Ver Sentencia C-489/02 M.P. Rodrigo Escobar Gil A.V. Manuel José Cepeda Espinosa.. En el mismo sentido ver entre otras las sentencias C-647/01 M.P. Alfredo Beltrán Sierra S.V. Marco Gerardo Monroy y Rodrigo Escobar Gil A.V. Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra, Manuel José Cepeda Espinosa, Clara Inés Vargas Hernández, C-312/02 M.P. Rodrigo Escobar Gil C-370/02 M.P. Eduardo Montealegre Lynett S.V. Rodrigo Escobar Gil S.P.V. Eduardo Montealegre Lynett

28 Ver Sentencia C-489/02 M.P. Rodrigo Escobar Gil A.V. Manuel José Cepeda Espinosa. A lo anterior no sobra agregar que como lo ha puesto de presente la Corte en otras ocasiones el principio de lesividad o de antijuridicidad material ha sido acuñado por la doctrina jurídico penal y recogido en la legislación como uno de los elementos necesarios del delito. Este principio no ha sido expresamente consagrado en la Constitución Política, lo cual no significa que carezca de relevancia constitucional o que no pueda ser deducido de las normas constitucionales. En efecto, podría afirmarse que las autoridades están instituidas para proteger la vida, honra, bienes y demás derechos y libertades de las personas residentes en Colombia (CP art. 2), pero que, en materia de ejercicio del ius puniendi del Estado, esta protección no debe comportar una restricción injustificada de los derechos fundamentales, como podría suceder, por ejemplo, cuando, a pesar de la reducida importancia de un bien, se limita irrazonablemente la libertad personal del infractor.

Al respecto la Corte ha dicho lo siguiente:

“10. Sin necesidad de elevar el principio de antijuridicidad (Código Penal, art. 4) al rango de

principio suprallegal, bien puede afirmarse que éste tiene su corolario constitucional en el principio de proporcionalidad o 'prohibición de exceso', deducido jurisprudencialmente de los artículos 1º (Estado social de derecho, principio de dignidad humana), 2º (principio de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución), 5º (reconocimiento de los derechos inalienables de la persona), 6º (responsabilidad por extralimitación de las funciones públicas), 11 (prohibición de la pena de muerte), 12 (prohibición de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes), 13 (principio de igualdad) y 214 de la Constitución (proporcionalidad de las medidas excepcionales).

El Estado Social de derecho, donde la dignidad humana ocupa un lugar de primer orden, sustrae del amplio margen de libertad legislativa para la configuración del ordenamiento penal, la facultad de fijar cualquier pena con independencia de la gravedad del hecho punible y su incidencia sobre los bienes jurídicos tutelados. El Constituyente erigió los derechos fundamentales en límites sustantivos del poder punitivo del Estado, racionalizando su ejercicio. Sólo la utilización medida, justa y ponderada de la coerción estatal, destinada a proteger los derechos y libertades, es compatible con los valores y fines del ordenamiento” Sentencia C-070 de 1996 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz..

29 Ver Sentencia C-629/03 M.P. Alvaro Tafur Galvis

30 Sentencia C-222/99 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

31 Ver Sentencia C- 037/03 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

32 Sentencia C-917/01 M.P. Alfredo Beltrán Sierra S.V. Jaime Araujo Rentería.

33 No sobra precisar que la Constitución hace referencia a las expresiones “función pública” y “funciones públicas” de manera específica en el capítulo II del título V sobre la organización del Estado, en el que se establecen los principios que rigen el cumplimiento de “funciones públicas” por los servidores públicos. Cabe recordar, así mismo, que la

Constitución califica expresamente como “funciones públicas” la administración de justicia (art. 228 C.P.) y el control fiscal (art. 267 C.P.), en tanto que el artículo 209 se refiere a la “función administrativa” (art. 209 C.P.) especie dentro del género función pública. Ver sentencia C-037/03 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

34 Ver Sentencia C-561/92 M.P Alejandro Martinez Caballero.

35 Según la idea que fluye del artículo 123 de la Constitución, servidor público es en este sentido toda persona que ejerce a cualquier título una función pública y, en tal virtud, ostentan dicha condición los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios (C.P. arts. 123 y 125).

Así las cosas, la noción de “función pública” atañe al conjunto de las funciones que cumple el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes, (art. 113) y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines.

Empero, debe la Corte señalar que la posibilidad de desempeñar funciones públicas se predica no solo de las personas que se vinculan con el Estado mediante la elección o nombramiento y la posesión en un cargo, sino también de los particulares que, en los casos taxativamente señalados en la Constitución y la ley, puedan investirse de la autoridad del Estado y desempeñar funciones públicas. Ver la Sentencia C-037 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Galvis .

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de

personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.

Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.

37 Ver la Sentencia C- 673 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández cuyos considerandos sobre este punto se reiteran a continuación.

38 En la referida sentencia la Corte explicó que para algunos podría considerarse que el principio de oportunidad resultaría ser la antítesis del principio de legalidad, por cuanto el Estado está obligado a investigar y sancionar cualquier comportamiento que haya sido tipificado como delito, de forma tal que el ejercicio de la acción penal es indisponible y obligatorio. Tal es el caso de los países en los cuales no está previsto el principio de oportunidad, como ocurría en Colombia antes del Acto Legislativo 03 de 2002. Empero, como allí se dijo, una segunda concepción entiende el principio de oportunidad como una manifestación del principio de legalidad. Es lo que se conoce como principio de oportunidad reglada, y consiste en que el legislador establece directamente las causales de aplicación de dicho principio, y por ende, el fiscal únicamente puede invocar aquellas que previamente se encuentren consagradas en la ley.

39 Gaceta del Congreso núm. 564 de 2003; Gaceta del Congreso núm. 89 del 25 de marzo de 2004; Gaceta del Congreso núm. 104 del 26 de marzo de 2004; Gaceta del Congreso núm. 44 del 26 de febrero de 2004; Gaceta del Congreso número 167 del 4 de mayo de 2004; Gaceta del Congreso núm. 200 de 2004; Gaceta del Congreso núm. 378 del 23 de julio de 2004.

40 Al respecto la Corte hizo en efecto las siguientes precisiones que es pertinente recordar “ En relación con las causales de aplicación del principio de oportunidad, la Corte considera que para que se ajusten a lo previsto en el artículo 250 Superior, es decir, que efectivamente se apliquen en los casos que establezca la ley, deben ser definidas por el legislador de manera clara y precisa, de suerte que la facultad discrecional de aplicación no se convierta en una posibilidad de aplicación arbitraria.

En efecto, habiendo acogido un principio de oportunidad reglado, al legislador le está vedado establecer causales extremadamente vagas o ambiguas de invocación de aquél, por cuanto los ciudadanos no tendrían certeza alguna acerca de bajo qué condiciones el órgano de investigación del Estado puede acudir o no ante el juez de control de garantías para efectos de solicitar la suspensión, interrupción o renuncia del ejercicio de la acción penal.”

41 Ley 906 de 2004, art. 321.

42 Ley 906 de 2004, art. 322.

43 Ley 906 de 2004, art. 323.

44 Ley 906 de 2004, art. 324.

45 Ley 906 de 2004, art. 327

46 Ley 906 de 2004, art. 328.

47 Peculado por apropiación (art. 397), Peculado por uso (art. 398), Peculado por aplicación oficial diferente (art. 399), Peculado culposo (art. 400), Omisión del agente retenedor o recaudador (art. 402), Destino de recursos del tesoro para el estímulo o beneficio indebido de explotadores y comerciantes de metales preciosos (art. 403), Concusión (art. 404), Cohecho propio (art. 405), Cohecho impropio (art. 406), , Cohecho por dar u ofrecer (art. 407), Violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades (art. 408), Interés indebido en la celebración de contratos (art. 409), Contrato sin el cumplimiento de requisitos legales (art. 410), Tráfico de influencias de servidor público (art. 411), Enriquecimiento ilícito (art. 412), Prevaricato por acción (art. 413), Prevaricato por omisión (art. 414), Abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto (art 416) Abuso de autoridad por omisión de denuncia (art. 417), Revelación de secreto (art. 418 ), utilización de asunto sometido a secreto o reserva (art 419), utilización indebida de información oficial privilegiada (art420), Asesoramiento y otras actuaciones ilegales (art. 421), intervención en política (art 422), Empleo ilegal de la fuerza pública (art. 423), Omisión de apoyo (art. 424), Usurpación de funciones públicas (art. 425), simulación de investidura o cargo (art 426), Abuso de función pública (art. 428), Violencia contra servidor

público (art. 429), Perturbación de actos oficiales (art. 430 ), utilización indebida de información obtenida en el ejercicio de funciones públicas (art 431), utilización indebida de influencias derivadas del ejercicio de la función pública (art 432), Soborno transnacional (art. 433), Asociación para la comisión de un delito contra la administración pública (art. 434)..

48 Falsa denuncia (art. 435), Falsa denuncia contra persona determinada (art. 436), Falsa autoacusación (art. 437), Omisión de denuncia de particular (art. 441), Falso testimonio (art 442), Soborno (art 444), Soborno en la actuación penal (art 444a), Infidelidad a los deberes profesionales (art. 445), Favorecimiento (art. 446), Receptación (art.447), Fuga de presos (art. 448), Favorecimiento de la fuga (art. 449), Favorecimiento de la fuga Modalidad culposa (art. 450), Fraude procesal (art 453), Fraude a resolución judicial (art 454), amenazas a testigo (art 454a), ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio (art 454b), impedimento o perturbación de la celebración de audiencias públicas (art 454c).

49 Al respecto ha señalado la Corte: “En punto del derecho disciplinario, se impone resaltar por qué el fundamento de la imputación y, en consecuencia, del ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, está determinado por la infracción de los deberes funcionales del servidor público. (...)

Entonces, nótese cuál es el fundamento de la imputación disciplinaria: La necesidad de realizar los fines estatales le impone un sentido al ejercicio de la función pública por las autoridades. Éstas deben cumplir la Constitución y la ley, ponerse al servicio de los intereses generales, desarrollar los principios de la función administrativa y desempeñar para ello los deberes que les incumben. Una actitud contraria de las autoridades lesiona tales deberes funcionales. Como estos deberes surgen del vínculo que conecta al servidor con el Estado y como su respeto constituye un medio para el ejercicio de los fines estatales orientados a la realización integral de la persona humana, es entendible que su infracción constituya el fundamento de la imputación inherente al derecho disciplinario. De allí que la antijuridicidad de la falta disciplinaria remita a la infracción sustancial del deber funcional a cargo del servidor público o del particular que cumple funciones públicas.

Así, el derecho disciplinario es uno de los ámbitos del derecho sancionador del Estado cuyo ejercicio no compromete la libertad personal de los sujetos disciplinados; que tiene un espacio de aplicación restringido en cuanto tan sólo recae sobre quienes se hallan bajo el efecto vinculante de deberes especiales de sujeción; que formula una imputación que se basa en la infracción de deberes funcionales y en el que se aplican los principios que regulan el derecho sancionador como los de legalidad, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, responsabilidad, proporcionalidad y non bis in ídem, entre otros, pero, desde luego, con las matizaciones impuestas por su específica naturaleza.” Sentencia C-252 de 2003 M.P. Jaime Córdoba Triviño. En similar sentido ver entre muchas otras la sentencia C-507/06 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

50 Ha de tenerse en cuenta que los particulares también están en posibilidad de ejercer funciones públicas (art 123 C.P.) y que en ese sentido las normas disciplinarias se aplican en determinadas circunstancias a dichos particulares. Ver la Sentencia C-037 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

En lo pertinente las normas disciplinarias actuales contenidas en la Ley 734 de 2002 señalan: ARTÍCULO 25. DESTINATARIOS DE LA LEY DISCIPLINARIA. Son destinatarios de la ley disciplinaria los servidores públicos aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares contemplados en el artículo 53 del Libro Tercero de este código.(...)

ARTÍCULO 52. NORMAS APLICABLES. El régimen disciplinario para los particulares comprende la determinación de los sujetos disciplinables, las inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses, y el catálogo especial de faltas imputables a los mismos.

ARTÍCULO 53. SUJETOS DISCIPLINABLES. El presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales; que ejerzan funciones públicas,

en lo que tienen que ver con estas; presten servicios públicos a cargo del Estado, de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política, administren recursos de este, salvo las empresas de economía mixta que se rijan por el régimen privado.

La Corte en la Sentencia C-037 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Galvis declaró EXEQUIBLE el aparte en letra itálica, en “el entendido de que el particular que preste un servicio público, solo es disciplinable cuando ejerza una función pública que implique la manifestación de las potestades inherentes al Estado, y éstas sean asignadas explícitamente por el Legislador”.

51 Ver Sentencia C-629/03 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

52 Ver Sentencia C-489/02 M.P. Rodrigo Escobar Gil A.V. Manuel José Cepeda Espinosa.. En el mismo sentido ver entre otras las sentencias C-647/01 M.P. Alfredo Beltrán Sierra S.V. Marco Gerardo Monroy y Rodrigo Escobar Gil A.V. Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra, Manuel José Cepeda Espinosa, Clara Inés Vargas Hernández, C-312/02 M.P. Rodrigo Escobar Gil C-370/02 M.P. Eduardo Montealegre Lynett S.V. Rodrigo Escobar Gil S.P.V. Eduardo Montealegre Lynett.

53 Sentencia C-356 de 2003. M. P. Jaime Araujo Rentería. Esta sentencia versó sobre una demanda instaurada contra el artículo 294 del Código Penal, por cuanto no había penalizado la falsedad en el documento electrónico. La providencia declaró la constitucionalidad de la norma acusada por el cargo analizado.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

55 Ver Sentencia C-070 de 1996 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

56 Los accionantes invocan la sentencia C-709 de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell, que declaró inexecutable el artículo 24 de la Ley 190 de 1995, modificadorio del artículo 143 del anterior Código Penal, donde la Corte manifestó: “La norma acusada plantea un conflicto

entre la eficacia y la impunidad. En efecto, dentro del deber que tiene el Estado de perseguir y sancionar el delito, indudablemente las acciones que despliegue con este propósito se vinculan con la idea de eficiencia y eficacia, de modo que los hechos delictuosos no queden impunes. En este orden de ideas, podría admitirse que dicha norma es eficaz en cuanto tiende a debilitar o romper el acuerdo o concierto entre el particular y el funcionario en lo relativo a la negociación de actos propios de la función pública y de todas maneras persigue punitivamente a uno de y los autores o partícipes del hecho ilícito. No obstante, la ganancia que se produce en términos de eficacia, se convierte en una pérdida por la impunidad que se genera al no perseguir penalmente a una de las personas que participaron en el ilícito. La lucha del Estado contra la impunidad de los hechos delictuosos tiende una relevancia constitucional, porque se vincula con el principio de moralidad de la función pública que esta consagrado en el artículo 209 de la Constitución y se infiere igualmente de diferentes preceptos de ésta, entre otros, los que consagran la obligación que tienen los funcionarios públicos al tomar posesión del cargo y retirarse del mismo o cuando la autoridad competente lo solicite, de declarar el monto de sus bienes y rentas; la inhabilitación perpetua del servidor público que sea condenado por delitos contra el patrimonio público para el desempeño de funciones públicas; la figura de la extinción del derecho de dominio sobre bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito en perjuicio del interés público o grave deterioro de la moral social y, en general, el régimen de inhabilidades previstas en la Constitución o que ésta impone al legislador desarrollar. La Corte considera que debe darse prelación al principio de moralidad de la función pública, sobre el principio de eficacia de la actividad estatal. En este sentido, se considera que la norma acusada no se justifica constitucionalmente, porque el beneficio de la extinción de la acción penal es un factor que genera impunidad, en cuanto exonera de la acción a quien denuncia no obstante ser autor o partícipe del delito”