

## Sentencia T-907/12

La jurisprudencia constitucional ha señalado que la acción de tutela, en principio, no procede contra providencias judiciales. No obstante, de manera excepcional, la acción de tutela procede contra providencias judiciales cuando éstas desconocen los preceptos constitucionales y legales que deben seguir, o en aquellos casos en los que si bien no se desconocen las normas superiores, la decisión judicial vulnera derechos fundamentales.

### DEFECTO SUSTANTIVO-Configuración y alcance

El defecto sustantivo se presenta en una sentencia judicial cuando hay en ella un “desconocimiento evidente de las normas que resultan aplicables al caso concreto. En otras palabras, el defecto sustantivo se configura cuando “la interpretación y aplicación de la normatividad al caso concreto resulta contraria a los criterios mínimos de juridicidad y razonabilidad que orientan al sistema jurídico.”

### PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD-Concepto/PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD-Contenido y alcance

El principio de oportunidad es una institución central del sistema penal acusatorio cuya aplicación está a cargo de la Fiscalía General de la Nación, bajo la supervisión del juez de control de garantías, y constituye una excepción a la obligación constitucional que recae sobre la Fiscalía y que la obliga a adelantar la acción penal y realizar la investigación de los hechos delictivos. Este principio implica la suspensión, interrupción o renuncia del ejercicio de la acción penal y exige que se haya constatado la ocurrencia de un delito y la Fiscalía pueda iniciar su labor de investigación y acusación. El principio de oportunidad es un instrumento completamente reglado y excepcional que no puede aplicarse con fundamento en la mera discrecionalidad del operador jurídico.

### PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD-Caso en que al accionante se le sanciona por vulnerar resoluciones del Fiscal General de la Nación

### ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Improcedencia al comprobarse una clara violación del deber funcional del accionante

Referencia: expediente T-3488897

Acción de tutela instaurada por el doctor Rey Alfonso López Leguizamón contra el fallo proferido el 9 de noviembre de 2011 por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Derecho fundamental invocado: debido proceso.

Bogotá D.C., siete (7) de noviembre de dos mil doce (2012).

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los Magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub -quien la preside-, Alexei Egor Julio Estrada y Luís Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente de las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, ha pronunciado la siguiente:

En el proceso de revisión de la sentencia dictada el 13 de abril de 2012 por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en el trámite de la acción de tutela incoada por el doctor Rey Alfonso López Leguizamón contra el fallo proferido el 9 de noviembre de 2011 por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

## 1. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Once de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a

dictar la sentencia correspondiente.

## 1. SOLICITUD

El accionante solicita que se tutele su derecho al debido proceso presuntamente afectado por la actuación del Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia y del Consejo Superior de la Judicatura por habersele condenado por vulnerar una norma que no se encontraba vigente en el momento de los hechos y unas resoluciones que regulan la aplicación del principio de oportunidad que son inconstitucionales.

## 1. HECHOS

1. El veintiuno (21) de enero de 2008, el doctor Rey Alfonso López Leguizamón solicitó la aplicación del principio de oportunidad en la indagación No. 052666000203200780408 respecto del delito de usurpación de derecho de propiedad industrial, el cual estaba sancionado con una pena de cuatro (4) a ocho (8) años de privación de libertad. Esta petición fue aprobada por el juez de control de garantías.

1. El primero (1º) de junio de 2009, el Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia abrió investigación en contra del señor Rey Alfonso López Leguizamón por vulnerar lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 153 de la Ley 270 de 1996 al haber aplicado el principio de oportunidad sin previo aval del delegado del Fiscal General de la Nación respecto de un delito cuya pena máxima excedía los seis (6) años, vulnerando lo señalado en el Memorando 0009 de febrero del 2005 y la Resolución 06657 de diciembre del 2004 de la Fiscalía de la Nación:

“ABRIR INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA contra el Doctor REY ALFONSO LÓPEZ LEGUIZAMÓN, en su calidad de Fiscal 234 seccional de Itagüí, Antioquia, para la época de los hechos, con el

fin de establecer los motivos determinantes, las circunstancias en que se cometió la presunta falta disciplinaria, esto es la aplicación del principio de oportunidad conforme a lo establecido en el artículo 321 del C.P.P., con lo que posiblemente pudo haber incurrido en la infracción al deber contenido en el artículo 153 numeral 1º de la Ley 270 de 1996 “1. Respetar, cumplir y, dentro de la órbita de su competencia hacer cumplir la Constitución, las leyes y los reglamentos” y no haber acatado lo establecido en el Memorando 0009 de febrero del 2005 y la Resolución 06657 de diciembre del 2004, provenientes de la Fiscalía General de la Nación y por medio de las cuales se reglamenta la aplicación al principio de oportunidad”1.

En este sentido, la resolución 6657 de 2004 del Fiscal General de la Nación señala que: “El delegado especial de la Fiscalía General de la Nación dará aplicación al principio de oportunidad en los demás casos de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo máximo exceda de seis (6) años”2.

1. El 29 de julio de 2011, el Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia profirió fallo condenando al señor Rey Alfonso López Leguizamón por la falta contemplada en el numeral 1º del artículo 153 de la Ley 270 de 1996 a una sanción de seis (6) meses de suspensión e inhabilidad especial, por haber aplicado el principio de oportunidad sin la autorización del delegado del Fiscal General de la Nación pese a que las resoluciones 6657 y 6658 de 2004 y el Memorando 009 de 2005 lo exigían:

“Con este entendido, tenemos que a nuestro juicio por parte del fiscal López Leguizamón se ha incurrido en falta de naturaleza disciplinaria por el hecho de no haber llevado a cabo el trámite regular y establecido, indagando con anterioridad al Fiscal Delegado ante el Tribunal de Medellín, acerca de la legalización de la aplicación del principio de oportunidad de la investigación penal radicada con el número 052666000203200780408, desconociendo de esta manera las directrices trazadas por parte del artículo 330 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con lo establecido por las Resoluciones 6657 y 6658 de 2004, así como el Memorando 009 de 2005, expedidos por el Fiscal General de al (sic.) Nación, relativas al procedimiento para la aplicación del Principio de Oportunidad, dado que el delito investigado (Usurpación de Derechos de Propiedad Industrial), en el asunto de marras así lo

exigía en virtud de su quantum punitivo”3.

1. El 5 de septiembre de 2011, el señor Rey Alfonso López Leguizamón presentó recurso de apelación contra el fallo condenatorio, el cual fue confirmado por el Consejo Superior de la Judicatura con fundamento en los siguientes argumentos:

1. Se encuentra claramente demostrado que el disciplinado desconoció lo señalado en las resoluciones 6657 y 6658 de 2004 y en el memorando 009 de 2005, los cuales expresan claramente que cuando el máximo de la pena de un delito sea mayor a seis (6) años el fiscal deberá solicitar autorización al delegado del Fiscal General de la Nación.

2. En las decisiones relacionadas con el principio de oportunidad no se expresó que las resoluciones 6657 y 6658 de 2004 y en el memorando 009 de 2005 fueran inconstitucionales, argumento que solamente comenzó a ser expresado por el accionante en el proceso disciplinario.

1. Con el objeto de reforzar la argumentación, en la página 23 del fallo de segunda instancia se señaló que el propio texto del párrafo segundo del artículo 324 de la ley 906 de 2004 establecía claramente que la aplicación del principio de oportunidad en los casos de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo límite máximo exceda de seis (6) años de prisión requería la autorización del delegado del Fiscal General de la Nación:

“Con relación a la interpretación dada al párrafo 2º del artículo 324 de la ley 906 de 2004, referida a que se debía tener en cuenta “la pena mínima y no la máxima”, no se explica esta Sala Dual de donde entiende el disciplinable tal afirmación por cuanto de dicha norma expresamente se extrae: “la aplicación del principio de oportunidad en los casos de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo límite máximo exceda de seis (6) años de prisión, será proferida por el fiscal General de la Nación o por quien él delegue de manera

especial para el efecto” de lo cual, se desprende que el Código de Procedimiento Penal es absolutamente claro y no hay lugar a definición distinta a la transcrita. (Pág. 23 del fallo de segunda instancia)”.

## 1. ARGUMENTOS JURÍDICOS DE LA ACCIÓN DE TUTELA

El 12 de febrero de 2012, la doctora Bernardita Pérez Restrepo en representación del doctor Rey Alfonso López Leguizamón presentó acción de tutela contra el fallo proferido el 9 de noviembre de 2011 por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura con base en los siguientes argumentos:

1. Señala que en el momento de los hechos, la ley vigente para la aplicación del principio de oportunidad señalaba que “La aplicación del principio de oportunidad respecto de delitos sancionados con pena privativa de la libertad que exceda de seis (6) años será proferida por el Fiscal General de la Nación o el delegado especial que designe para tal efecto”, por lo cual no era claro si estos seis (6) años se referían al mínimo o al máximo de la pena y en todo el país existieron diversas interpretaciones al respecto.

1. Afirma que varios meses después de la aplicación del principio de oportunidad por el señor Rey Alfonso López Leguizamón se expidió la Ley 1312 de 2009 que aclaró el tema señalando que “El delegado especial del Fiscal General de la Nación dará aplicación al principio de oportunidad en los demás casos de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo máximo exceda de seis (6) años”.

1. Manifiesta que el Fiscal General de la Nación descontento con lo dicho por el legislador, decidió asumir temporalmente la función de crear leyes para establecer que en todos aquellos eventos en que un delito tuviese una pena privativa de la libertad cuyo máximo exceda los seis (6) años se debía contar con el aval del Fiscal General de la Nación o de su

delegado. En este sentido, considera que esta norma resulta inconstitucional, pues la Fiscalía excedió sus facultades reglamentarias al llenar un vacío de la Ley 906 de 2004.

1. Agrega que el fallo presumió el dolo del disciplinado dando lugar a una responsabilidad objetiva:

“Además de lo anterior, en el fallo se decidió suponer el dolo del disciplinado, dando lugar a una obviamente ilegítima responsabilidad objetiva. Solo se señaló respecto al dolo lo siguiente: “(...) se observa que el fiscal tuvo la intención de omitir el procedimiento establecido en las Resoluciones (...)” “Quedó demostrado, que el obrar del disciplinado, fue a título de dolo, pues el funcionario a pesar de tener conocimiento de la situación de hecho y de derecho ante la solicitud de aplicación del Principio de Oportunidad que favorecía al señor Gustavo Alberto Orozco Valencia, la cual generaba el deber de actuar de cierta forma, actuó concientemente de otra forma”<sup>4</sup>.

1. Manifiesta que el fallo de segunda instancia proferido por el Consejo Superior de la Judicatura incurrió en un evidente defecto sustantivo, pues no analizó la redacción del artículo 324 vigente en el momento en el que se presentó la actuación del accionante, sino según la versión de esta norma que había sido modificada por la Ley 1312 de 2009, pese a que esta ley fue promulgada el año siguiente a los hechos.

1. Por lo anterior el accionante centra sus argumentos en contra de las providencias en cuatro (4) aspectos:

i. Afirma que se incurrió en un defecto sustantivo al aplicarse la Ley 1312 de 2009, la cual era evidentemente inaplicable para el caso, pues los hechos sucedieron con anterioridad a su vigencia.

i. Señala que tanto en el fallo de primera instancia como en el de segunda instancia se hizo caso omiso al argumento central de la defensa, consistente en que el parágrafo del artículo 324 de la ley 906 de 2004 daba lugar a una doble interpretación, pues no era claro que la norma exigiera la autorización del delegado del Fiscal General de la Nación cuando la pena máxima fuera superior a seis (6) años, con lo cual se afecta la interpretación pro homine y el principio de favorabilidad.

i. Manifiesta que “a partir de la interpretación que el accionante realizó de la norma en cuestión y la cual era la interpretación que en la época de los hechos predominaba para la mayoría de los miembros de la rama judicial así como para los doctrinantes del país, el Fiscal, al solicitar la aplicación del principio de oportunidad, no requería el aval del delegado del fiscal general de la nación, razón por la que no se incumplieron las resoluciones proferidas por el Fiscal General de la Nación”.

i. Considera que las resoluciones proferidas por el Fiscal General de la Nación son inconstitucionales, pues éste pretendió actuar en calidad de Legislador vulnerando el Estado Constitucional y Democrático de Derecho. Por lo anterior, el accionante “actuó con la convicción de tal inconstitucionalidad, razón por la cual, con una legítima interpretación de la NORMA LEGAL, no acudió a las resoluciones sino a la Constitución”<sup>5</sup>.

## 1. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

### 1. Contestación del Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia

El Presidente del Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia presentó respuesta a la acción de tutela presentada por el doctor Rey Alfonso López Leguizamón, solicitando que ésta no se conceda con fundamento en los siguientes argumentos:

1. Señala que se encuentra demostrada la improcedencia de la acción de tutela, pues no se configuran las causales de procedibilidad que permitan un estudio de las actuaciones jurisdiccionales, por cuanto el procedimiento se encuentra libre de todo vicio, irregularidad, arbitrariedad o capricho por parte de los accionados.

1. Manifiesta que en el proceso disciplinario se respetaron los derechos fundamentales del accionante, quien ejerció su defensa técnica solicitando pruebas y siendo notificado de las decisiones que se debían publicitar. En este sentido, agrega que el accionante pretende simplemente reabrir el debate a través de la acción de tutela, la cual no es un medio idóneo para cuestionar una decisión que se realizó respetando todas las garantías del investigado.

1. Afirma que las providencias objeto de la acción de tutela indican claramente la demostración de la existencia del hecho y la responsabilidad del investigado por la falta contemplada en el numeral 1º del artículo 153 de la Ley 270 de 1996, por lo cual considera que los argumentos del demandante constituyen simplemente valoraciones personales que no pueden afectar el principio constitucional de autonomía judicial.

1. Por lo anterior, solicita a la Corte Constitucional que la acción de tutela sea despachada desfavorablemente o en su defecto se declare la improcedencia de esta acción constitucional, pues la misma no procede contra decisiones judiciales debidamente ejecutoriadas frente a las cuales no se han configurado las causales genéricas de procedibilidad.

1. Contestación del Consejo Superior de la Judicatura

El 15 de mayo de 2012, el Presidente del Consejo Superior de la Judicatura presentó respuesta a la acción de tutela presentada por el doctor Rey Alfonso López Leguizamón, solicitando que no se conceda con fundamento en los siguientes argumentos:

1. Manifiesta que las providencias cuestionadas son el resultado de un estudio juicioso, lógico y coherente que mantiene relación entre lo probado y lo decidido y no permiten predicar la configuración de una vía de hecho.

1. Reiteró lo señalado en la providencia a través de la cual conoció el recurso de apelación interpuesto en contra del fallo sancionatorio, destacando que es deber de los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación proceder con objetividad respetando las directrices del Fiscal General de la Nación, dentro de las cuales se encuentran las resoluciones 0 - 6657, 0 - 6658 y el memorando 009 del 3 de febrero de 2005 expedidos por el Fiscal General de la Nación.

1. Afirma que a través de un medio excepcional como es la acción de tutela el actor pretende revivir un debate que ya se dio ante el juez de conocimiento, lo cual desvirtúa la naturaleza y el alcance de la acción de tutela.

1. Por lo anterior, concluye que no es posible predicar la existencia de ningún vicio que legitime la intervención del juez constitucional, pues la decisión cuestionada fue adoptada siguiendo las normas sustantivas y procesales que desarrollan el debido proceso.

1. DECISIONES JUDICIALES

El 13 de abril de 2012, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura profirió el fallo en el cual negó la petición de amparo elevada por el doctor REY ALFONSO LÓPEZ LEGUIZAMÓN, con fundamento en los siguientes motivos:

1. Señala que en el presente caso se aprecia una disparidad de posiciones hermenéuticas en relación con los criterios interpretativos utilizados por la autoridad judicial accionada para determinar el sentido de la norma que regula la aplicación del principio de oportunidad. Agrega que esta situación no puede justificar la procedencia de la acción de tutela, pues una interpretación razonable del derecho no compartida por el investigado no justifica el amparo, tal como ha señalado la Corte Constitucional en la Sentencia SU - 1185 de 2001.

1. Manifiesta que los jueces se encuentran amparados por los principios superiores de autonomía funcional e independencia en sus decisiones, lo cual se extiende a la valoración probatoria y a la aplicación sustantiva del derecho frente a los supuestos fácticos del caso concreto.

1. Afirma que los juicios interpretativos ofrecidos por el juez disciplinario son razonables y respetuosos de las garantías superiores del investigado, por lo cual considera que la interposición de la acción de tutela para modificar la literalidad de la norma es una simple estrategia que no se acompasa con la claridad de la disposición jurídica que regula la aplicación del principio de oportunidad.

1. Finalmente, concluye señalando que la acción de tutela tiene un carácter excepcional y subsidiario y no puede emplearse como una tercera instancia para reabrir un debate clausurado en debida forma en el procedimiento judicial ordinario y menos para cuestionar una interpretación jurídica razonada y coherente amparada por la garantías de la autonomía funcional de la cual gozan los jueces.

## 1. PRUEBAS DOCUMENTALES

En el trámite de la acción de amparo se aportaron como pruebas:

1. Copia de la orden de aplicación del principio de oportunidad del 29 de noviembre de 2007.

1. Copia de la solicitud de aplicación del principio de oportunidad formulada el 29 de noviembre de 2007.

1. Disco que contiene la audiencia en la cual se aplicó el principio de oportunidad.

1. Copia del acta mediante la cual se aprueba el principio de oportunidad expedida por el Juzgado Segundo Penal Municipal en función de conocimiento y control de Garantías de Itagüí.

1. Copia de la matriz sobre la aplicación del principio de oportunidad remitido a la Secretaría Técnica de la Fiscalía General de la Nación.

1. Copia de la orden del Fiscal Delegado del Fiscal General de la Nación donde dispone la compulsión de copias para investigar a la Juez y al Fiscal penal y disciplinariamente.

1. Copia del Auto del 1º de junio de 2009 mediante el cual el Consejo Superior de la Judicatura decretó la apertura de la investigación.

1. Copia del Certificado de antecedentes del doctor López Leguizamón.

1. Copia de la Estadística mensual del trámite de investigaciones en el marco del sistema penal acusatorio.

1. Copia del Pliego de cargos formulado el 9 de abril de 2010 por parte de la Sala Jurisdiccional disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia.

1. Copia de los descargos presentados por el accionante dentro del proceso disciplinario.

1. Copia del acta de testimonio del Doctor Oscar Bustamante Hernández.

1. Copia del acta de testimonio de la Doctor Ángela María Bedoya Vargas.

1. Copia del acta de testimonio del Doctor Carlos Jaime Taborda Tamayo.

1. Copia del acta de testimonio del Doctor Gustavo Adolfo Calvache Cadavid.

1. Copia del acta de testimonio de la Doctora Yolanda María Serna González.

1. Copia del acta de testimonio del Doctor Luís Fernando Bedoya Sierra.

1. Copia del acta de testimonio del Doctor Ramiro Alonso Marín Vásquez.

1. Copia del acta de la versión libre del doctor Rey Alfonso López Leguizamón.

1. Copia del pliego de variación de cargos.

1. Copia del Protocolo de preclusión de la investigación proferida por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín (M.P. Ricardo de la Pava Marulanda) en el caso del doctor Rey Alfonso López Leguizamón y de la doctora Olga Cecilia Montoya.

1. Copia del archivo de las diligencias ordenado por la Fiscalía Sexta Delegada ante el Tribunal en otros casos donde el Doctor López Leguizamón aplicó el principio de oportunidad.

1. Copia del Fallo absolutorio proferido por el Consejo Seccional de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria en el marco de otra investigación adelantada en contra del doctor Rey Alfonso López Leguizamón.

1. Copia de la resolución 06657 del 2004 del Fiscal General de la Nación.

1. Copia del memorando 0009 de febrero 2005 del Director Nacional de Fiscalías.

1. Copia del proyecto de ley 261 de 2008 del Senado de la República, el cual fue presentado el 9 de abril de 2008 por el Gobierno Nacional y otros.

1. Copia de los alegatos de conclusión presentados por el disciplinado.

1. Copia de los alegatos de conclusión presentados por el defensor del Dr. López Leguizamón.

1. Copia del Concepto rendido por la Procuraduría 117 Judicial Penal II.

1. Copia de la Sentencia de primera instancia proferida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura.

1. Copia de la apelación presentada contra de la Sentencia de primera instancia proferida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura.

1. Copia de la adición al recurso de apelación presentado contra la Sentencia de primera instancia proferida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura.

1. Copia de la Sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

1. Copia de la orden de notificación del fallo de segunda instancia.

1. Copia de la resolución 2 - 4013 por medio de la cual la Fiscalía General de la Nación ejecutó la sanción disciplinaria.

## 1. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

### 1. COMPETENCIA

La Corte es competente para revisar el fallo de tutela, de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, y con el Decreto 2591 de 1991.

### 1. PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a lo reseñado respecto de la situación fáctica planteada por el accionante y las decisiones adoptadas por el juez de instancia en el trámite de la solicitud de amparo objeto de revisión, corresponde a la Sala Séptima de Revisión establecer si se vulneró el derecho al debido proceso del accionante en las decisiones en las cuales se le condenó disciplinariamente, por aplicar una disposición que aparentemente no estaba vigente en el

momento de los hechos.

Para solucionar el problema jurídico planteado, esta Sala examinará: (i) la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales (ii) el alcance del defecto sustantivo; (iii) los fundamentos y la regulación del principio de oportunidad en Colombia; y (iv) se determinará si se presenta un defecto sustantivo en los fallos del Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia y del Consejo Superior de la Judicatura a través de los cuales se condenó al señor Rey Alfonso López Leguizamón.

### 2.3. PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA.

2.3.1. El Decreto 2591 de 1991 consagra en su artículo 5º que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o los particulares, que haya vulnerado, vulnere o pueda vulnerar derechos constitucionales fundamentales.

2.3.2. La jurisprudencia constitucional ha señalado que la acción de tutela, en principio, no procede contra providencias judiciales<sup>6</sup>. No obstante, de manera excepcional, la acción de tutela procede contra providencias judiciales cuando éstas desconocen los preceptos constitucionales y legales que deben seguir, o en aquellos casos en los que si bien no se desconocen las normas superiores, la decisión judicial vulnera derechos fundamentales<sup>7</sup>.

2.3.3. La Corte Constitucional ha manifestado que la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales está sujeta a la observancia de presupuestos generales, que de cumplirse en su totalidad, habilitarían al juez de tutela para revisar las decisiones judiciales puestas a su consideración<sup>8</sup>. Tales presupuestos fueron consagrados en la Sentencia C-590 de 2005, de la siguiente manera:

“a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional.

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio

iusfundamental irremediable<sup>9</sup>.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración<sup>10</sup>.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora<sup>11</sup>.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible<sup>12</sup>.

2.3.4. Una vez se verifique el cumplimiento de los requisitos generales referidos, el accionante deberá demostrar la ocurrencia de alguna de las causales específicas de procedibilidad en que pudo incurrir la autoridad judicial al proferir la decisión cuestionada.

2.3.5. La jurisprudencia constitucional ha entendido las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela frente a providencias judiciales como aquellas actuaciones judiciales en las que el juez que resuelve un conflicto jurídico asume una conducta que evidentemente contraría el ordenamiento vigente y, por ende, vulnera derechos fundamentales. Así, al no disponer de un medio eficaz para dar solución a tal situación, la acción de tutela se torna en el mecanismo idóneo para adoptar las medidas necesarias para restablecer los derechos fundamentales afectados por una decisión judicial<sup>15</sup>.

La jurisprudencia de esta Corporación ha establecido como causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela, las siguientes:

a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales<sup>16</sup> o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

f. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

g. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una

ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado<sup>17</sup>.

i. Violación directa de la Constitución.”<sup>18</sup>

## 1. EL ALCANCE DEL DEFECTO SUSTANTIVO

El defecto sustantivo se presenta en una sentencia judicial cuando hay en ella un “desconocimiento evidente de las normas que resultan aplicables al caso concreto”<sup>19</sup>. En otras palabras, el defecto sustantivo se configura cuando “la interpretación y aplicación de la normatividad al caso concreto resulta contraria a los criterios mínimos de juridicidad y razonabilidad que orientan al sistema jurídico”<sup>20</sup>.

La jurisprudencia constitucional reconoce que las autoridades judiciales gozan de autonomía para determinar los supuestos normativos que emplearán en un caso determinado, así como para interpretar su tenor literal y aplicarlo a las circunstancias fácticas concretas. Sin embargo, esta potestad se encuentra limitada por el orden jurídico y por los valores, principios, derechos y garantías que identifican al Estado Social de Derecho, de los cuales no les está dado a los jueces apartarse so pena de incurrir en el señalado defecto.<sup>21</sup>

Concordante con lo anterior, la Corte ha reiterado que, no obstante la autonomía de los jueces para determinar la norma jurídica aplicable al caso concreto y establecer la interpretación e integración del ordenamiento jurídico, no les es dable en esta labor apartarse de las disposiciones y principios constitucionales o legales<sup>22</sup>.

En el caso en el que existan varias interpretaciones jurídicas admisibles sobre un mismo tema y el operador jurídico decida aplicar una de ellas, de forma sensata y justa, ajustada a los límites normativos, la acción de tutela no está llamada a prosperar por la ocurrencia de un derecho material. Lo anterior porque el juez de tutela no puede declarar la prosperidad de la acción sólo porque considera que se debería dar aplicación a otra de las interpretaciones. Esto por cuanto la prosperidad de la acción de tutela frente a actuaciones judiciales, en el

caso del defecto material o sustantivo, sólo ocurre en los casos en los que se evidencia un actuar arbitrario y caprichoso del juez y no por una discrepancia de interpretación.<sup>23</sup>

Para que el defecto dé lugar a la procedencia de la acción de tutela, debe tratarse de una irregularidad de alta trascendencia, que lleve a la emisión de un fallo que obstaculice o lesione la efectividad de los derechos constitucionales<sup>24</sup>.

En diferentes pronunciamientos, la Corte ha ido precisando el ámbito de lo que ha denominado defecto sustantivo como una condición de procedibilidad de la tutela contra las providencias judiciales<sup>25</sup>. Al respecto ha señalado que se presenta, entre otras razones<sup>26</sup>:

i. Cuando la decisión judicial tiene como fundamento una norma que no es aplicable, porque a) no es pertinente<sup>27</sup>, b) ha perdido su vigencia por haber sido derogada<sup>28</sup>, c) es inexistente<sup>29</sup> d) ha sido declarada contraria a la Constitución<sup>30</sup>, e) a pesar de que la norma en cuestión está vigente y es constitucional, “no se adecúa a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque a la norma aplicada, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador”<sup>31</sup>.

i. Cuando pese a la autonomía judicial, la interpretación o aplicación de la norma al caso concreto, no se encuentra, prima facie, dentro del margen de interpretación razonable<sup>32</sup> o “la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes”<sup>33</sup> o cuando en una decisión judicial “se aplica una norma jurídica de manera manifiestamente errada, sacando del marco de la juridicidad y de la hermenéutica jurídica aceptable tal decisión judicial”<sup>34</sup>.

i. Cuando no toma en cuenta sentencias que han definido su alcance con efectos erga omnes<sup>35</sup>.

ii. Cuando la disposición aplicada se muestra, injustificadamente regresiva<sup>36</sup> o contraria a la

Constitución<sup>37</sup>.

i. Cuando un poder concedido al juez por el ordenamiento se utiliza para un fin no previsto en la disposición<sup>38</sup>.

ii. Cuando la decisión se funda en una interpretación no sistemática de la norma, omitiendo el análisis de otras disposiciones aplicables al caso<sup>39</sup>,

i. Cuando se desconoce la norma aplicable al caso concreto<sup>40</sup>.

i. Cuando se desconoce el precedente judicial<sup>43</sup> sin ofrecer un mínimo razonable de argumentación, que hubiese permitido una decisión diferente si se hubiese acogido la jurisprudencia<sup>44</sup>.

i. Cuando el juez se abstiene de aplicar la excepción de inconstitucionalidad ante una violación manifiesta de la Constitución siempre que se solicite su declaración por alguna de las partes en el proceso<sup>45</sup>.

En virtud de lo anterior, el juez de tutela no se encontrará frente a un defecto sustantivo cuando el operador judicial aplique una interpretación constitucional admisible<sup>46</sup>. Así, el hecho de que los sujetos procesales, los particulares y las distintas autoridades judiciales no compartan la interpretación acogida por el operador jurídico competente en un caso concreto, no invalida su actuación, pues se trata de una vía de derecho distinta y, por ende, no se puede incluir en los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.

# 1. FUNDAMENTOS Y REGULACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN COLOMBIA

## 1. Concepto y alcance

1. El principio de oportunidad es una institución central del sistema penal acusatorio cuya aplicación está a cargo de la Fiscalía General de la Nación, bajo la supervisión del juez de control de garantías, y constituye una excepción a la obligación constitucional que recae sobre la Fiscalía y que la obliga a adelantar la acción penal y realizar la investigación de los hechos delictivos<sup>47</sup>. Este principio implica la suspensión, interrupción o renuncia del ejercicio de la acción penal y exige que se haya constatado la ocurrencia de un delito y la Fiscalía pueda iniciar su labor de investigación y acusación<sup>48</sup>.

1. La filosofía de este principio radica en la necesidad de simplificar, acelerar y hacer más eficiente la administración de justicia penal, descongestionándola de la pequeña y mediana criminalidad. En contraprestación, se evitarían efectos criminógenos de las penas cortas de privación de libertad, se estimula la pronta reparación a la víctima; y, se le otorga otra oportunidad de inserción social al que cometió la conducta punible<sup>49</sup>.

1. De los debates<sup>50</sup> que antecedieron la adopción del Acto Legislativo 03 de 2002, en lo que concierne al principio de oportunidad, se evidencia que la inclusión del mismo en la Constitución se justificaba por cuanto: (i) existen numerosos conflictos sociales que no alcanzan a vulnerar materialmente bienes jurídicos, lo que haría innecesaria la intervención del Estado en tanto en cuanto no hay lesión ni potencial afectación real antijurídica; (ii) se descongestiona y racionaliza la actividad investigativa del Estado encausándola hacia la persecución de los delitos que ofrecen un mayor impacto social; (iii) los modelos acusatorios americano y europeo consagran dicho principio, aunque la fórmula adoptada no responde exactamente a ninguno de ellos por cuanto el fiscal no goza de discrecionalidad para aplicarlo sino que tiene que acudir ante el juez de control de garantías e invocar alguna de

las causales expresamente señaladas en la ley; (iv) en el caso de reparación integral de las víctimas, no se justifica seguir adelante con la acción penal, en especial, en delitos de contenido económico<sup>51</sup>.

1. Ahora bien, la doctrina especializada ha acuñado diversos argumentos a favor de la aplicación del principio de oportunidad, entre los cuales sobresalen las siguientes: (i) permite reaccionar de forma proporcional a la falta de interés público en la persecución de ciertos delitos con escasa lesión social; (ii) estimula la pronta reparación de las víctimas; (iii) evita los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de la libertad; (iv) favorece el derecho a ser juzgado en un plazo razonable; (v) permite tratar de forma diferenciada los hechos punibles que deben ser perseguidos en todo caso, de aquellos que son considerados de mínima lesión social<sup>52</sup>.

1. En consecuencia, la finalidad fundamental para la instauración del principio de oportunidad como figura nuclear del nuevo sistema penal de tendencia acusatoria, fue la de “racionalizar la actividad investigativa del Estado encausándola hacia la persecución de los delitos que ofrecen un mayor impacto social”<sup>53</sup>. En este sentido ha señalado la Corte:

“El fin del principio de oportunidad es la racionalización de la función jurisdiccional penal. La institución busca disminuir las consecuencias negativas de penas cortas de privación de la libertad, persigue la reparación de las víctimas y pretende facilitar la reinserción social de los autores de ciertas conductas punibles, permitiendo dar tratamiento diferenciado a delitos que por sus características intrínsecas no representan lesión significativa del orden social”<sup>54</sup>.

1. Este propósito general podría ser alcanzado mediante la aplicación de criterios tales como: (i) la ínfima importancia social de un hecho punible, idea que parte del reconocimiento de que existen numerosos conflictos sociales que no alcanzan a vulnerar materialmente bienes jurídicos, lo que haría innecesaria la intervención del Estado en tanto realmente no hay

lesión, ni potencial afectación antijurídica; (ii) la reparación integral y la satisfacción plena de la víctima, especialmente en aquellos delitos de contenido económico; (iii), la culpabilidad disminuida<sup>55</sup>; (iv) o la revaluación del interés público en la persecución de la conducta<sup>56</sup>.

## 1. Evolución de la autorización para la aplicación del principio de oportunidad por el delegado del Fiscal General de la Nación

1. El principio de oportunidad, se ha introducido progresivamente en diferentes ordenamientos europeos como en Italia, Portugal, España y Alemania, país donde más detalladamente se consagra en su normatividad orgánica procesal penal<sup>57</sup>. En el Derecho Anglosajón, el principio de oportunidad constituye la regla y se traduce en las figuras del plea guilty; confesión dirigida a evitar el juicio; y del plea bargaining; negociación entre el fiscal y el imputado que supone pactar la acusación en toda su extensión y, de este modo, reducir o mutar la conveniencia, si es el caso, el hecho penal en sí mismo considerado<sup>58</sup>.

1. En Colombia, los artículos 348, 349 y 352 del proyecto original de la Ley 906 de 2004 consagraban las distintas causales de aplicación del principio de oportunidad<sup>59</sup>, el cual se publicó en la Gaceta del Congreso 339 del 23 de julio de 2003.

2. El texto aprobado por la Comisión Primera Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes el 16 de diciembre de 2003, publicado en la Gaceta del Congreso No. 89 del 25 de marzo de 2004, consagraba once (11) causales para la aplicación del principio de oportunidad sin incluir parágrafos o disposiciones especiales respecto de su aprobación<sup>60</sup>.

1. La Plenaria de la Cámara de Representantes, en sesión del 22 de junio de 2004, publicada en la Gaceta del Congreso 167 del 4 de mayo de 2004 aprobó una versión del artículo 324

con 18 causales para la aplicación del principio de oportunidad y un párrafo<sup>61</sup> que señalaba:

“En los casos previstos en los numerales 18 y 19, no podrá aplicarse el principio de oportunidad a los jefes, organizadores o promotores, o a quienes hayan suministrado elementos para su realización”.

1. La Comisión Primera Constitucional Permanente del Senado aprobó el texto siguiente en sesión del 27 de mayo de 2004, publicado en la Gaceta del Congreso 248 del 4 de junio, en el cual se incluyó el párrafo que exigía la autorización del delegado del fiscal cuando la pena fuera superior a seis (6) años<sup>62</sup>:

“Párrafo. La aplicación del principio de oportunidad respecto de delitos sancionados con penas privativas de la libertad que excedan seis (6) años serán proferidos por el Fiscal General de la Nación o el dejado (sic) especial que designe para tal efecto.

El Ministerio Público participará en los términos que establezca la ley”.

1. Finalmente, el texto aprobado por la Plenaria del Senado el 9 de junio de 2004 y publicado en la Gaceta del Congreso 273 del 11 de junio de 2004, ratificó el párrafo que establecía la necesidad de solicitar autorización al delegado del Fiscal General de la Nación<sup>63</sup>:

“Párrafo 2º. La aplicación del principio de oportunidad respecto de delitos sancionados con pena privativa de la libertad que excedan seis (6) años será proferida por el Fiscal General de la Nación o el delegado especial que designe para tal efecto.

El Ministerio Público participará en los términos que establezca la ley”.

1. Dada la existencia de diferencias entre los textos aprobados por una y otra cámara, se constituyó una comisión accidental de conciliación, que se refirió entre otros asuntos al de las condiciones y causales para la aplicación del principio de oportunidad. El acta de conciliación del 16 de junio de 2004, publicada en la Gaceta del Congreso No. 285 del mismo

día ratifica nuevamente la necesidad de la autorización del delegado del Fiscal General de la Nación<sup>64</sup>.

1. El texto remitido a la Comisión de Conciliación fue posteriormente aprobado por las plenarios de ambas cámaras, en sesiones del 17 de junio de 2004, y fue el que finalmente se publicó en el Diario Oficial No. 45.657. El párrafo 2º de la versión definitiva del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 señalaba la necesidad de solicitar autorización para la aplicación del principio de oportunidad frente a delitos sancionados con pena privativa de la libertad que exceda de seis (6) años:

“PARÁGRAFO 2o. La aplicación del principio de oportunidad respecto de delitos sancionados con pena privativa de la libertad que exceda de seis (6) años será proferida por el Fiscal General de la Nación o el delegado especial que designe para tal efecto”.

1. El 30 de diciembre de 2004, el Fiscal General de la Nación profirió la resolución 6657, en cuyo artículo 1º se señala que “El delegado especial del Fiscal General de la Nación dará aplicación al principio de oportunidad en los demás casos de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo máximo exceda de seis (6) años”.

1. En la misma fecha el Fiscal General de la Nación profirió la resolución 6658, en cuyo artículo 1º ordena “Designar como delegados especiales del Fiscal General de la Nación para dar aplicación al principio de oportunidad en los delitos sancionados con pena privativa de la libertad que exceda de seis (6) años en su máximo, a quienes desempeñen funciones de coordinador de las unidades delegadas ante tribunales, en su correspondiente distrito. Tratándose de las causales previstas en los numerales 2, 3, 4, 5 y 9 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, el Fiscal General de la Nación lo aplicará directamente o por medio de la facultad de sustitución prevista en el numeral 2 del artículo 116 de la misma ley”.

1. El 3 de febrero de 2008, el Fiscal General de la Nación expidió el memorando 009 de 2005 que señala claramente la obligación del fiscal del caso de enviar el “Formato de Solicitud de Aplicación del Principio de Oportunidad” a la Secretaría Técnica de la Dirección Nacional de Fiscalías, la que luego de verificar el cumplimiento de los requisitos allí enunciados, lo enviará al Coordinador de la respectiva Unidad Delegada ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial cuando se trate de dar aplicación del Principio de Oportunidad en delitos cuya pena privativa de la libertad en su máximo exceda seis años de prisión:

“Cuando se trate de dar aplicación del Principio de Oportunidad en delitos cuya pena privativa de la libertad exceda en su máximo exceda seis años de prisión, proceda por las causales previstas en los Numerales 2, 3, 4, 5 y 9 del Artículo 324 de la Ley 906 de 2004 y el caso sea de conocimiento de una Unidad Nacional, el fiscal delegado que conozca del mismo diligenciará el “Formato de solicitud de

aplicación del Principio de Oportunidad” y lo remitirá a la Secretaría Técnica de la Dirección Nacional de Fiscalías, la que luego de verificar el cumplimiento de los requisitos allí enunciados, lo enviará a la Coordinación de la Unidad Delegada ante la Corte Suprema de Justicia”.

3. Asuntos de competencia del Fiscal coordinador de la Unidad Delegada ante el Tribunal de Distrito: En los eventos que corresponda dar aplicación al Principio de Oportunidad en delitos con pena privativa de la libertad que en su máximo exceda seis años de prisión, no se trate de las causales previstas en los Numerales 2, 3, 4, 5 y 9 del Artículo 324 de la Ley 906 de 2004 y el caso no sea de conocimiento de una Unidad Nacional de Fiscalía, el fiscal que conozca del caso diligenciará el “Formato de Solicitud de Aplicación del Principio de Oportunidad” y lo remitirá a la Secretaría Técnica de la Dirección Nacional de Fiscalías, la que luego de verificar el cumplimiento de los requisitos allí enunciados, lo enviará al Coordinador de la respectiva Unidad Delegada ante Tribunal Superior de Distrito Judicial”.

1. El 9 de julio de 2009 se promulgó la Ley 1312 de 2009, cuyo párrafo 2º de su artículo 2º señala: “La aplicación del principio de oportunidad en los casos de delitos sancionados con

pena privativa de la libertad cuyo límite máximo exceda de seis (6) años de prisión será proferida por el Fiscal General de la Nación o por quien el delegue de manera especial para el efecto”.

De esta manera, se concluye que el deber de solicitar autorización para la aplicación del principio de oportunidad cuando el máximo de la pena exceda los seis (6) años ya existía claramente en el momento en el cual el accionante se negó a aplicarlo, pues las resoluciones 6657 y 6658 de 2004 y el memorando 009 de 2005 ya lo exigían.

## 1. Características del principio de oportunidad

En el texto del “Proyecto de Acto Legislativo 237 de 2002 Cámara. Por el cual se modifican los artículos 234, 235, 250 y 251 de la Constitución Política”<sup>65</sup>, se señalaron las siguientes características del principio de oportunidad<sup>66</sup>:

i. Se trata de un principio que se viene aplicando “en forma larvada”, mediante figuras procesales tales como las preclusiones que dicta el fiscal cuando hay conciliación, por indemnización integral, desistimiento, transacción o bien aplicándolo en la sentencia anticipada o audiencia especial;

i. Existen numerosos conflictos sociales que no alcanzan a vulnerar materialmente bienes jurídicos lo que haría innecesaria la intervención del Estado en tanto en cuanto no hay lesión ni potencialmente afectación real antijurídica;

i. Constituye “una excepción al de legalidad y un mecanismo apto para canalizar la selectividad espontánea de todo sistema penal”;

i. Ha sido incluido en las legislaciones de países europeos como Italia, Alemania, España y Portugal, en tanto que el sistema americano constituye la regla y se traduce en las figuras del plea guilty o confesión dirigida a evitar el juicio, y del plea bargaining, es decir, negociación entre el fiscal y el imputado que supone pactar la acusación en toda su extensión y, de este modo, reducir o mutar a conveniencia, si es el caso, el hecho penal en sí mismo considerado;

i. Permite simplificar, acelerar y hacer más eficiente la administración de justicia penal, descongestionándola de la pequeña y mediana criminalidades; y

i. Bajo la estricta regulación legal, se le permitiría al fiscal, en determinadas circunstancias, prescindir total o parcialmente de la aplicación de la acción penal o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en la conducta punible.

Por su parte, la jurisprudencia de esta Corporación ha destacado los siguientes rasgos del principio de oportunidad<sup>67</sup>:

i. Es una figura de aplicación excepcional mediante la cual se le permite al fiscal suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal;

i. Las causales de aplicación del principio de oportunidad deben ser establecidas por el legislador de manera clara e inequívoca;

i. Debe ser aplicado en el marco de la política criminal del Estado;

i. Su ejercicio estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías;

i. Su regulación debe ser compatible con el respeto por los derechos de las víctimas.

De las características del principio de oportunidad expuestas en esta ocasión la Corte encuentra oportuno destacar el carácter excepcional y reglado de la institución. Ciertamente, conforme a la nueva redacción del artículo 250 de la Constitución, la Fiscalía General de la Nación “está obligada” a ejercer la acción penal y a llevar a cabo la investigación de los delitos, por lo cual como regla general “(n)o podrá, ... suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal.” Empero, esta regla general contempla una excepción, que es introducida por el constituyente con la utilización de la expresión “salvo en los casos que establezca la ley”.

En consecuencia, el principio de oportunidad es un instrumento completamente reglado y excepcional que no puede aplicarse con fundamento en la mera discrecionalidad del operador jurídico.

## 1. Límites

1. 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>68</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 el Código de Procedimiento Penal<sup>69</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>70</sup>; y, dispuso 17 casos en los cuales se puede aplicar el principio de oportunidad, con ciertas salvedades<sup>71</sup>.

1. En tal sentido, la doctrina<sup>72</sup>, señala que “en tanto un derecho procesal penal admita casos que se resolverán desde la perspectiva de la oportunidad todo dependerá, para la constitucionalidad del proceso, de que estos casos sean correctamente precisados. Las reglas vagas en relación con el funcionamiento del principio de oportunidad lesionan completamente el principio de legalidad y permitirían que los procedimientos de carácter oportunístico se difundan de manera epidémica y, de esa manera, se provocaría que las decisiones de no perseguir emitidas por las autoridades de la investigación pudieran no ser limitadas ni efectivamente controladas”, en tanto que para González Álvarez “El principio de oportunidad trata de establecer reglas claras para prescindir de la acusación penal, frente a casos en los cuales ordinariamente debía acusarse por un aparente hecho delictivo.”<sup>73</sup>

1. La jurisprudencia de esta Corte ha establecido que dicha potestad de configuración encuentra límites derivados de: (i) los derechos de las víctimas de los delitos y del correlativo deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar la grave criminalidad; (ii) las finalidades que tuvo en cuenta el constituyente para la incorporación de razones de oportunidad en el sistema penal acusatorio; (iii) las características constitucionales del principio de oportunidad; (iv) y el principio de legalidad<sup>74</sup>.

1. A la hora de diseñar las causales de aplicación del principio de oportunidad penal, el legislador encuentra un límite derivado del mandato constitucional que impone a las autoridades el deber de asegurar la vigencia de un orden justo, tal como lo postula el Preámbulo, el artículo 2° de la Carta, así como los compromisos internacionales del Estado en materia de acceso a la administración de justicia en procura de la defensa de los derechos humanos, y para asegurar la efectividad de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas de graves violaciones. Este límite no se refiere a las circunstancias objetivas o subjetivas que rodean la comisión, la investigación o el juzgamiento de una conducta punible, sino a la naturaleza especialmente grave del delito en sí mismo considerado<sup>75</sup>. De esta manera, esta Corporación ha reconocido la existencia de ciertos

límites a la aplicación del principio de oportunidad:

““6.2.2.4. A manera de resumen de lo dicho hasta ahora, se tiene que (i) en cuanto al tipo de circunstancias que rodean la comisión de un delito o su investigación o juzgamiento, el legislador tiene amplia facultad de configuración legislativa a la hora de diseñar las causales de aplicación del principio de oportunidad penal, siempre y cuando esas circunstancias respeten parámetros de razonabilidad frente al propósito de racionalizar la utilización del aparato estatal en la labor de persecución penal; (ii) no obstante, respecto de la naturaleza de los delitos frente a los cuáles puede operar el principio de oportunidad penal, por razones que tocan con la dignidad humana, el legislador encuentra un límite explícito en los compromisos internacionales de perseguir las más graves violaciones de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario; (iii) finalmente, el legislador se encuentra limitado por el carácter excepcional y reglado del principio de oportunidad penal diseñado por el constituyente, que le impone diseñar con claridad y precisión las causales en las cuales puede aplicarse”<sup>76</sup>.

1. La Corte, así mismo, estableció que para que las causales de aplicación del principio de oportunidad se ajusten al artículo 250 de la Constitución éstas “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.”<sup>77</sup> Por lo tanto, “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.”<sup>78</sup>

1. En este sentido en Colombia se acoge la fórmula del principio de oportunidad reglada<sup>79</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<sup>80</sup>.

1. En conclusión, el legislador se encuentra limitado por el carácter excepcional y reglado del principio de oportunidad penal diseñado por el constituyente, que le impone determinar con claridad y precisión las causales en las cuales puede aplicarse. La definición por parte del legislador de los casos estrictos y taxativos en que procedería, cumple propósitos fundamentales de seguridad jurídica para el procesado y las víctimas, orienta el ejercicio del margen de discrecionalidad que se reconoce al fiscal para la aplicación del principio de oportunidad, y permite el control judicial por parte del Juez de control de garantías<sup>81</sup>. El establecimiento de causales equívocas y ambiguas de aplicación del principio de oportunidad hace imposible el ejercicio del control por parte del juez de control de garantías<sup>82</sup>.

#### 1. La reglamentación del principio de oportunidad

1. El artículo 330 de la Ley 906 de 2004 autoriza al Fiscal General de la Nación para expedir un reglamento que establezca el procedimiento interno para la aplicación del principio de oportunidad:

“El Fiscal General de la Nación deberá expedir un reglamento, en el que se determine de manera general el procedimiento interno de la entidad para asegurar que la aplicación del principio de oportunidad cumpla con sus finalidades y se ajuste a la Constitución y la ley”.

1. Esta norma fue demandada ante la Corte Constitucional, la cual decidió su constitucionalidad en la Sentencia C - 979 de 2005 por considerar que se encuentra acorde a los artículos 249, 250 y 251.3 de la Constitución Política:

“Resulta, en consecuencia acorde con la Constitución (Art. 249, 250 y 251.3) que el Fiscal General de la Nación, en desarrollo de la autonomía limitada que le reconoce la Constitución,

y para el cumplimiento de las responsabilidades que la Constitución y la ley le asigna en materia de aplicación del principio de oportunidad, establezca procedimientos internos orientados a que este nuevo instituto procesal se aplique y se proyecte con los efectos de política criminal que alimentaron su creación”.

1. En todo caso, por responder el principio de oportunidad a un poder discrecional reglado<sup>83</sup>, que en consecuencia goza de reserva legal, los procedimientos internos que se establezcan en la Fiscalía mediante reglamento, exclusivamente orientados a su operatividad, deben preservar celosamente, el marco que a este instituto asignan la Constitución y la Ley, así como ajustarse a las líneas jurisprudenciales que ha trazado la Corte, a cerca del poder reglamentario del Fiscal General de la Nación, enmarcado en su ámbito de dirección y orientación, y que se reiteran en esta sentencia<sup>84</sup>.

1. Para la Corte es claro que el objetivo del manual expedido por el Fiscal General de la Nación no es el de regular la mediación o los otros mecanismos de justicia restaurativa, en razón a que frente a estas materias se impone la reserva legal, su ámbito es el de determinar los criterios y condiciones que, al interior de la Fiscalía, propicien un desempeño más eficiente de los fiscales en sus funciones de investigación y acusación<sup>85</sup>.

1. Esas directrices internas del Fiscal General, a través de un manual, no tienen la virtualidad de modificar las reglas y condiciones establecidas por la Constitución y la ley procesal para la aplicación de los mecanismos de justicia restaurativa en general, y en particular la mediación, si no que se orientan a garantizar su plena observancia<sup>86</sup>.

1. Por lo anterior, en la sentencia C - 979 de 2005, esta Corporación señaló que la reglamentación del principio de oportunidad por parte de la Fiscalía General de la Nación debe tener las siguientes características:

“(i) Los poderes de reglamentación que los artículos demandados radican en el Fiscal General de la Nación en materia de reglamentación de la aplicación del principio de oportunidad y fijación de criterios para el funcionamiento de los mecanismos de justicia restaurativa, se derivan de la autonomía limitada que la Constitución establece a favor del ente investigador; (ii) más que una potestad, lo que las normas demandadas establecen es un deber de reglamentación de estas importantes materias; (iii) el deber de reglamentación adscrito al Fiscal General debe ser de alcance general y con un espectro de aplicación restringido al ámbito interno de la entidad; (iv) en tanto que operativo e interno el reglamento o el manual no puede limitar a actores externos, particularmente al juez de control de garantía; (v) el deber de reglamentación del fiscal está limitado por las finalidades que la Constitución y la ley asignan a las instituciones cuya aplicación regula; (vi) el reglamento y el manual que expida el Fiscal General de la Nación debe desarrollar los criterios de política criminal trazados por la Constitución y la ley penal; (vii) el reglamento y manual así expedidos, cumplen un papel de autolimitación del Fiscal General de la Nación, quien queda vinculado a su propio reglamento; (viii) a través de los deberes de reglamentación de carácter general e interno se promueven valores constitucionales como los principios de competencia preferente del Fiscal General de la Nación y unidad de gestión y jerarquía (Art.251.3), el principio de igualdad (Art.13 CP) y la protección de las víctimas (Art.251.6/7”)<sup>87</sup>.

## 1. CASO CONCRETO

### 1. RESUMEN DE LOS HECHOS

El veintiuno (21) de enero de 2008, el doctor Rey Alfonso López Leguizamón solicitó la aplicación del principio de oportunidad en la indagación No. 052666000203200780408 respecto del delito de usurpación de derecho de propiedad industrial, el cual tiene una pena de cuatro (4) a ocho (8) años de privación de libertad, petición que fue aprobada por el juez de control de garantías. Posteriormente, el Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia abrió investigación en contra del accionante por vulnerar lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 153 de la ley 270 de 1996 al haber aplicado el principio de oportunidad sin previo

aval del delegado del Fiscal General de la Nación respecto de un delito cuya pena máxima excede los seis (6) años, desconociendo lo señalado en las Resoluciones 6657 y 6658 de 2004 y en el Memorando 009 de 2005 del Fiscal General de la Nación. Por los anteriores hechos, el accionante fue condenado el 29 de julio de 2011 por el Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia a seis (6) meses de suspensión e inhabilidad especial por el mismo término, decisión que fue confirmada el 5 de septiembre de 2011 por el Consejo Superior de la Judicatura.

## 1. EXAMEN DE PROCEDENCIA

### 1. Requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales.

La acción de tutela presentada por el señor Rey Alfonso López Leguizamón cumple con los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela anteriormente enunciados por las siguientes razones:

1. La cuestión que se discute resulta de evidente relevancia constitucional, pues el accionante señala que como consecuencia de la vulneración del debido proceso por la configuración de un defecto sustantivo se le condenó disciplinariamente a la sanción de seis (6) meses de suspensión e inhabilidad especial por el mismo término.

1. El accionante agotó todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial a su alcance<sup>88</sup>, pues interpuso recurso de apelación en contra de la decisión que lo sancionó disciplinariamente que fue decidido desfavorablemente por el Consejo Superior de la Judicatura, circunstancia a la cual cabe agregar que en el proceso disciplinario no existen recursos extraordinarios como la casación o la revisión.

1. Se cumplió el requisito de la inmediatez<sup>89</sup>, pues la acción de tutela fue interpuesta el 12 de febrero de 2012 y la decisión del Consejo Superior de la Judicatura que confirmó la providencia en la que el accionante fue sancionado disciplinariamente fue proferida el 9 de febrero. Por lo anterior, entre la providencia en contra de la cual se interpuso la acción de tutela y su interposición transcurrieron solamente tres (3) meses.

1. El accionante expone de manera clara la presunta irregularidad procesal<sup>90</sup>, por cuanto señala que se le condenó con fundamento en una ley que no estaba vigente en el momento de los hechos y en una resolución de la Fiscalía General de la Nación que considera inconstitucional.

1. La parte actora identificó de manera razonable los hechos que generaron la vulneración y los derechos afectados<sup>91</sup> en el recurso de apelación que interpuso en contra de la providencia proferida por el Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia.

1. Finalmente, la acción de tutela no se presentó en contra de una sentencia de tutela.

1. Análisis de los requisitos especiales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Según el accionante, las resoluciones proferidas por el Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia y el Consejo Superior de la Judicatura vulneraron su derecho al debido proceso por cuatro (4) razones: (i) fue condenado por una ley que no estaba vigente en el momento de los hechos, (ii) se desconoció que el parágrafo segundo del artículo 324 de la Ley 906 podía dar lugar a diversas interpretaciones, (iii) la interpretación dada a esta norma en el proceso disciplinario no es correcta y (iv) las resoluciones 6657 y 6658 y en el memorando 009 de 2005 son inconstitucionales; argumentos que serán analizados a continuación.

## 1. Fundamento de la falta disciplinaria imputada al accionante

El actor afirma que en el proceso disciplinario se incurrió en un defecto sustantivo al habersele condenado por haber violado un texto del párrafo segundo del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 que solamente estuvo vigente con posterioridad a los hechos, pues la autorización para aplicar el principio de oportunidad respecto de delitos cuyo máximo de la pena sea superior a seis (6) años no estaba contemplada cuando se cometió la conducta (año 2008), sino que fue incluida en la Ley 1312 de 2009.

En este sentido, a continuación se analizará si efectivamente el accionante fue condenado disciplinariamente, por haber vulnerado una norma expedida con posterioridad a los hechos, para lo cual se señalarán las normas cuya violación se le imputó durante el proceso disciplinario:

\* La resolución de apertura de investigación, proferida el 1º de junio de 2009 le imputó al accionante la infracción al deber contenido en el numeral 1º del artículo 153 de la Ley 270 de 1996 por el desconocimiento del memorando 0009 de febrero de 2005 y la resolución 0 6657 de 2004 de la Fiscalía General de la Nación:

“ABRIR INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA contra el Doctor REY ALFONSO LÓPEZ LEGUIZAMÓN, en su calidad de Fiscal 234 seccional de Itagüí, Antioquia, para la época de los hechos, con el fin de establecer los motivos determinantes, las circunstancias en que se cometió la presunta falta disciplinaria, esto es la aplicación al principio de oportunidad conforme a lo establecido en el artículo 321 del C.P.P., con lo que posiblemente pudo haber incurrido en la infracción al deber contenido en el artículo 153 numeral 1º de la Ley 270 de 1996 “1. Respetar, cumplir y, dentro de la órbita de su competencia hacer cumplir la Constitución, las leyes y los reglamentos” y no haber acatado lo establecido en el Memorando 0009 de febrero del 2005 y la Resolución 06657 de diciembre del 2004, provenientes de la Fiscalía de la Nación y por medio de las cuales se reglamenta la aplicación al principio de oportunidad”<sup>92</sup>.

\* El nueve (9) de abril de 2010, se profirió pliego de cargos en contra del señor Rey Alfonso López Leguizamón por la comisión de la falta contemplada en el artículo 153 de la Ley 270 de 1996 por no haber dado aplicación a las resoluciones 0 - 6667 y 0 - 6658 del 30 de diciembre de 2004 emanadas por la Fiscalía General de la Nación y al Memorando 0009 del 3 de febrero de 2005:

#### “UNICO CARGO

Se debe precisar por esta Sala lo siguiente, que surge como resultado de la investigación , por el momento, en el evento de ocupación, se configura de manera clara una omisión de parte del funcionario, al no darle aplicación a las resoluciones 0 - 6667 y 0 - 6658 del 30 de diciembre de 2004 emanadas de la Fiscalía General de la Nación y al Memorando 0009 del 3 de febrero de 2005, del despacho del Director Nacional de Fiscalía, los dos primeros que reglamentaron el artículo 330 de la Ley 906 de 2004, respecto de la aplicación del principio de oportunidad para lo cual, el funcionario investigado debía contar con el aval del señor Fiscal General de la Nación, o del funcionario que éste hubiera delegado con tal finalidad, omisión, imputable obviamente, a quien por ley, estaba llamada a cumplir con los preceptos consagrados en el artículo 153 de la Ley 270 de 1996 conforme a lo establecido en el numeral 1, de dicha normativa con lo cual puede hablarse de la ocurrencia material de la falta investigada”93.

\* El 3 de diciembre de 2010 se profirió una providencia a través de la cual se varía la calificación jurídica de culposa a dolosa, conservándose la falta imputada.

\* El 29 de julio de 2011, el Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia profirió fallo condenatorio por el desconocimiento del artículo 330 del Código de Procedimiento Penal en concordancia con las resoluciones 6657 y 6658 de 2004 y el memorando 009 de 2005:

“Con este entendido, tenemos que a nuestro juicio por parte del fiscal López Leguizamón se ha incurrido en falta de naturaleza disciplinaria por el hecho de no haber llevado a cabo el trámite regular y establecido, indagando con anterioridad al Fiscal Delegado ante el Tribunal

de Medellín, acerca de la legalización de la aplicación del principio de oportunidad de la investigación penal radicada con el número 052666000203200780408, desconociendo de esta manera las directrices trazadas por parte del artículo 330 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con lo establecido por las Resoluciones 6657 y 6658 de 2004, así como el Memorando 009 de 2005, expedidos por el Fiscal General de al (sic.) Nación, relativas al procedimiento para la aplicación del Principio de Oportunidad, dado que el delito investigado (Usurpación de Derechos de Propiedad Industrial), en el asunto de marras así lo exigía en virtud de su quantum punitivo”94.

\* El 9 de noviembre de 2011, el Consejo Superior de la Judicatura profirió fallo de segunda instancia en el que afirma que con los medios de convicción recaudados resulta evidente que el funcionario judicial vulneró el ordenamiento jurídico con absoluta convicción de proceder por haber desconocido las resoluciones reglamentarias proferidas por el Fiscal General de la Nación:

“De acuerdo con los medios de convicción arrimados a la actuación, resulta evidente que el funcionario judicial ciertamente vulneró el orden jurídica con absoluta convicción de su proceder, por ello esta Sala Dual estima también acertada la calificación de su comportamiento como GRAVE y a título de DOLO, por cuanto aparte de las resoluciones reglamentarias del principio de oportunidad que datan del 30 de diciembre de 2004 la Fiscalía General de la Nación posteriormente - 03 de febrero de 2005 - reiteró el cumplimiento de los requisitos en ellas establecidos mediante memorando de la misma fecha; que en el caso sub examine, de las copias de las actuaciones surtidas al interior del proceso penal de marras. Se observó sin dubitación alguna el desacato por parte del funcionario disciplinable de las normas reseñadas como vulneradas en el pliego de cargos, más exactamente en lo referente a no contar con el aval del Fiscal Delegado ante el Tribunal del Distrito Judicial”95

De esta manera, puede concluirse que durante la investigación los cargos imputados al accionante consistieron en la aplicación del principio de oportunidad en la investigación penal radicada con el número 052666000203200780408 sin autorización del delegado del Fiscal General de la Nación, desconociendo de esta manera las directrices trazadas por parte del

artículo 330 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con lo establecido por las Resoluciones 6657 y 6658 de 2004, así como el Memorando 009 de 2005.

En este sentido, la primera conclusión que debe efectuarse es que el accionado no fue condenado por la vulneración del párrafo del artículo 324 de la ley 906 de 2004, sino por el desconocimiento de las Resoluciones 6657 y 6658 de 2004 y el Memorando 009 de 2005. Por lo anterior, la argumentación del accionante respecto de las posibles interpretaciones que podían darse al párrafo del artículo 324 de la ley 906 de 2004 no pueden desvirtuar la falta imputada ni la sanción impuesta. Otra situación se presentaría si se le hubiera imputado al disciplinado directamente el desconocimiento del artículo 324, caso en el cual si podrían ser relevantes las posibles interpretaciones que se le dan a esa norma.

Las resoluciones 6657 y 6658 de 2004 y el memorando 009 de 2005 fueron vulnerados claramente por el accionado, pues aplicó el principio de oportunidad a un delito que tiene una pena máxima de seis (6) años sin autorización del delegado especial del Fiscal General, pese a que en estas resoluciones se señala sin lugar a dudas que en esos eventos es necesario obtener esta aprobación:

\* La resolución 6657 señala que “el delegado especial del Fiscal General de la Nación dará aplicación al principio de oportunidad en los demás casos de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo máximo exceda de seis (6) años”.

\* Por su parte, la resolución 6658 de 2004 ordena “Designar como delegados especiales del Fiscal General de la Nación para dar aplicación al principio de oportunidad en los delitos sancionados con pena privativa de la libertad que exceda de seis (6) años en su máximo, a quienes desempeñen funciones de coordinador de las unidades delegadas ante tribunales, en su correspondiente distrito. Tratándose de las causales previstas en los numerales 2, 3, 4, 5 y 9 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, el Fiscal General de la Nación lo aplicará directamente o por medio de la facultad de sustitución prevista en el numeral 2 del artículo 116 de la misma ley”.

\* Finalmente, el memorando 009 de 2005 señala claramente la obligación del fiscal del caso de enviar el “Formato de Solicitud de Aplicación del Principio de Oportunidad” a la Secretaría Técnica de la Dirección Nacional de Fiscalías, la que luego de verificar el cumplimiento de los requisitos allí enunciados, lo enviará al Coordinador de la respectiva Unidad Delegada ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial cuando se trate de dar aplicación del Principio de Oportunidad en delitos cuya pena privativa de la libertad en su máximo exceda 6 años de prisión<sup>96</sup>.

Por lo anterior, no ofrece ninguna duda que las resoluciones 6657 y 6658 de 2004 y el memorando 009 de 2005 exigen que se obtuviera la autorización del delegado del Fiscal General de la Nación cuando el delito tiene una pena máxima mayor de seis (6) años. Estas fueron desconocidas a sabiendas por el doctor Rey Alfonso López Leguizamón. Sin embargo, con el ánimo de aumentar los argumentos para responder al recurso de apelación, el fallo proferido por el 9 de noviembre de 2011 señala otros criterios para sustentar que el accionado no debió haber omitido su deber de cumplir con las resoluciones y el memorando señalado:

\* La aplicación de la excepción de inconstitucionalidad debió haber sido motivada en las decisiones relacionadas con el principio de oportunidad y no esperar a que se iniciara un juicio disciplinario en su contra para utilizar este argumento. Sin embargo, en el proceso penal nunca se señaló que las resoluciones fueran inconstitucionales.

\* En relación con las decisiones penales proferidas a favor del accionante se señala que las acciones penal y disciplinaria son independientes por tutelar intereses distintos.

\* Las resoluciones y el memorando de la Fiscalía General de la Nación son de acatamiento obligatorio por cuanto su emisión se deriva de la facultad expresa otorgada por el artículo 330 de la Ley 906 de 2004, el cual fue declarado exequible en la sentencia C 979 de 2005.

\* Por su parte, para intentar reforzar la argumentación en la página 23 señaló que el propio texto del párrafo segundo del artículo 324 de la ley 906 de 2004 señalaba claramente que la aplicación del principio de oportunidad en los casos de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo límite máximo exceda de seis (6) años de prisión:

“Con relación a la interpretación dada al párrafo 2º del artículo 324 de la ley 906 de 2004, referida a que se debía tener en cuenta “la pena mínimo y no la máxima”, no se explica esta Sala Dual de donde entiende el disciplinable tal afirmación por cuanto de dicha norma expresamente se extrae: “la aplicación del principio de oportunidad en los casos de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo límite máximo exceda de seis (6) años de prisión, será proferida por el fiscal General de la Nación o por quien él delegue de manera especial para el efecto” de lo cual, se desprende que el Código de Procedimiento Penal es absolutamente claro y no hay lugar a definición distinta a la transcrita. (Pág. 23 del fallo de segunda instancia)”.

En este párrafo, el Consejo Superior de la Judicatura cita textualmente la versión actual de la norma y no la vigente en el momento de la presunta comisión de la falta disciplinaria, incurriendo en un yerro de transcripción. Sin embargo, como ya se dijo, el accionante no fue condenado por la vulneración del artículo 324 de la Ley 906, sino de las resoluciones 6657 y 6658 de 2004 y el memorando 009 de 2005, por lo cual aún si se hubiera hecho la transcripción correcta el resultado hubiera sido el mismo.

## 1. Análisis de los argumentos del accionante en las dos (2) instancias

El accionante señala que en los fallos de primera y segunda instancia se hizo caso omiso al argumento central de la defensa consistente en que el párrafo del artículo 324 de la ley 906 de 2004 daba lugar a una doble interpretación, pues no era claro que la norma exigiera que la autorización del delegado del Fiscal General de la Nación cuando la pena máxima fuera superior a seis (6) años, con lo cual se afecta la interpretación pro homine y el principio

de favorabilidad.

Reiterando lo señalado anteriormente, la argumentación del accionante relacionada con la interpretación del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 es irrelevante frente a la falta imputada, pues no se le condenó por la vulneración de esta norma, sino de las resoluciones 6657 y 6658 de 2004 y del memorando 009 de 2005.

Ante la contundencia del contenido de las resoluciones 6657 y 6658 de 2004 y del memorando 009 de 2005 en relación con el deber del fiscal del caso de solicitar la aprobación del delegado del Fiscal General de la Nación cuando el máximo de la pena fuera de seis (6) años, el disciplinado intentó llevar el debate hacia la interpretación del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 pese a que esta norma ni siquiera se mencionó en la resolución de apertura de la investigación, ni en el pliego de cargos.

En virtud de ello, finalmente tanto el Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia como el Consejo Superior de la Judicatura terminaron analizando este argumento, por lo cual no es cierto como lo afirma el accionante que se hubiera hecho caso omiso al argumento central de la defensa consistente en que el parágrafo del artículo 324 de la ley 906 de 2004 daba lugar a una doble interpretación. Lo que sucede es que no se acogió lo señalado por el accionante, lo cual no puede constituir una violación del debido proceso.

#### 1. La interpretación del parágrafo 2º del artículo 324 de la Ley 906 de 2004

El accionante manifiesta que la interpretación que en la época de los hechos predominaba para la mayoría de los miembros de la rama judicial y para los doctrinantes del país, consistía en que en estos casos el Fiscal, al solicitar la aplicación del principio de oportunidad, no requería el aval del delegado del Fiscal General de la Nación, razón por la que no habría incurrido en ninguna falta disciplinaria.

La anterior afirmación carece de certeza, pues para la época de los hechos el Fiscal General de la Nación (director de la entidad en la que trabaja el accionante) ya había expedido dos (2) resoluciones y un memorando aclarando la interpretación de la norma, lo cual incluso se evidencia en las resoluciones anexadas al expediente por el accionante:

\* El protocolo de preclusión de primera instancia realizado por el Dr. Ricardo de la Pava Marulanda señala claramente que para la época de los hechos en los eventos de delitos con pena privativa de la libertad que en su máximo supere los seis (6) años de prisión, es el Fiscal delegado ante el Tribunal Superior quien debe otorgar el aval para que los fiscales subalternos apliquen dicho instituto:

“Pues bien, el Fiscal General de la Nación, para reglamentar el principio de oportunidad, emitió las resoluciones 6657 y 6658 del 30 de diciembre de 2004, señalando que en los eventos de delitos con pena privativa de la libertad que en su máximo supere los 6 años de prisión, es el fiscal delegado ante el tribunal superior quien debe otorgar el aval para que los fiscales subalternos apliquen dicho instituto. En el caso concreto, el Fiscal 234 indiciado, no solicitó el aval a su superior jerárquico para impulsar este Instituto y formuló directamente la solicitud, sin el cumplimiento de este requisito de este requisito ante la Juez Segundo Penal Municipal de Itagüí, quien avaló.

En sede de tipicidad objetiva, el asunto resulta claro, pues los funcionarios indiciados participaban activamente, sobre todo el Fiscal Seccional, de las arduas discusiones que entonces se presentaron sobre la improcedencia de la aplicación de la Resolución emitida por el Fiscal General de la Nación como Reglamentaria del principio de oportunidad”97.

\* En el archivo de las diligencias de la investigación 050016000208200802968 se señala claramente que aunque podría existir una controversia frente al contenido del párrafo el límite lo fijaban válidamente las resoluciones 6657 y 6658 de 2004:

“Sin embargo, en este punto es importante advertir que a pesar de las diversas posturas que existen respecto de los eventos en que se requiere el aval del Fiscal General de la nación o su delegado para la aplicación del principio de oportunidad, en punto a que el párrafo 2 del Artículo 324 del C.P.P., no establece en forma clara si el límite punitivo de seis años de prisión hace referencia a la pena mínima o a la pena máxima, para esta delegada es claro que dicho límite lo fijan válidamente, las Resoluciones 6657 y 6658 mediante las cuales el Fiscal General de la Nación reglamentó el principio de oportunidad, en desarrollo de lo

dispuesto por el artículo 330 del Código de Procedimiento Penal”98

“Es por lo anterior y del análisis de las piezas procesales recaudadas, que surge como evidente que se haya proferido pliego de cargos al doctor REY ALFONSO LÓPEZ LEGUIZAMÓN, pues surgía objetivamente el quebrantamiento de lo ordenado en las resoluciones emitidas dentro de su institución, armonizadas con el artículo 324, y consecuentemente con los deberes que el cargo le imponía al funcionario”99

\* El accionante también anexa un documento suscrito por el Fiscal Primero delegado ante el Tribunal en el cual señala que este fiscal desconoció claramente el procedimiento regular y por ello se le compulsaron copias:

“Examinada la Carpeta se observa que el señor Fiscal234 mencionado solicitó. Como modalidad de aplicación del principio de oportunidad, la renuncia al ejercicio de la acción - radicó el pedimento en enero 2/08- y la señora Juez Primera Penal Municipal en función de Control de Garantías impartió - en enero 30/08 - la respectiva legalidad, ordenando la “extinción de la acción penal y el archivo definitivo del expediente”, posterior a ello - cuando debió haber sido lo primero -, fue que se enviaron las diligencias a la Secretaría Técnica de la Dirección Nacional de Fiscaliza. Lo que indica per se que tanto el Fiscal como la Juez burlaron el procedimiento regular que al interior del ente acusador se estableció para asegurar que la aplicación del principio de oportunidad cumpla con sus finalidades y se ajuste a la Constitución y a la ley”

De esta manera, la absolución penal del accionado no se presentó porque existan dudas en la aplicación de las resoluciones del Fiscal General, sino por otras razones, pues en todas las resoluciones se señala que el fiscal no cumplió con las resoluciones 6637 y 6658 de 2004.

1. La validez de las resoluciones 6637 y 6658 de 2004 y del memorando 009 de 2005

El accionante afirma que las resoluciones proferidas por la Fiscalía General de la Nación son inconstitucionales en la medida en que el Fiscal General de la Nación pretendió actuar en

calidad de Legislador vulnerando el Estado constitucional y democrático de derecho.

Sin embargo, lo primero que se evidencia de la revisión detallada del expediente es que ni en la solicitud de aplicación del principio de oportunidad, ni en la audiencia ante la juez de control de garantías se manifestó que las resoluciones 6657 y 6658 de 2004 o el memorando 009 de 2005 fueran inconstitucionales, razón por la cual no se encuentra demostrado que se haya configurado una excepción de inconstitucionalidad. En este sentido, si se escucha detenidamente la audiencia llevada a cabo ante la Juez de control de garantías no solamente puede concluirse que el fiscal no menciona en ningún momento que las resoluciones citadas sea inconstitucionales, sino que además una de ellas es el fundamento de la solicitud del principio de oportunidad. En este sentido, a partir del minuto 3:10 del CD que se encuentra en el expediente el propio accionante afirmó: “Señora juez el principio de oportunidad en los términos de los artículos 3121 y ss. del C.P.P. y la resolución 06657 del 30 de diciembre de 2004 proferida por el despacho del señor Fiscal General de la Nación está orientada esta novísima figura a dar una aplicación a la política criminal del estado y a plasmar o a objetivizar la utilidad de la administración de justicia siempre y cuando teniendo en cuenta los derechos de las víctimas (...)”.

Por otro lado, si bien no es esta Corte, sino el Consejo de Estado la entidad llamada a decidir si estas resoluciones son inconstitucionales en principio las mismas constituyen simplemente un desarrollo del artículo 330 de la Ley 906 de 2004, el cual fue declarado constitucional en la sentencia C - 979 de 2005.

Estas normas deben tener una vocación de generalidad, se deben aplicar a procedimientos internos de la Fiscalía General de la Nación, y se limitan por las finalidades que a estos instrumentos les asigna la Constitución y la Ley y deberán estar vinculadas a la política criminal del Estado. En este sentido se ha señalado:

“Las facultades reglamentarias que la ley asigne al Fiscal General de la Nación deben ceñirse a la Constitución y a la Ley, así como a las claras reglas jurisprudenciales que la Corte ha trazado al respecto. De otra parte, un referente constitucional relevante para determinar el marco, y por ende los límites del poder reglamentario del Fiscal General de la Nación, es el previsto en el artículo 257.3 de la Carta referido al Consejo Superior de la Judicatura, en el sentido que se trata de una potestad limitada a los ámbitos de organización y

funcionamiento interno y a la regulación de los trámites judiciales y administrativos que se adelanten en los despachos judiciales, que propende por el eficaz funcionamiento de la administración de justicia en su conjunto.

Así las cosas, si la propia Carta asigna a éste órgano encargado de regentar la Administración de Justicia, unas explícitas facultades de reglamentación que se ubican en un plano esencialmente operativo y administrativo para la potenciación de los recursos y la eficiencia de la función, el ámbito reglamentario del Fiscal General de la Nación que apenas es deducido de la autonomía presupuestal y administrativa que le reconoce el artículo 249 C.P., no puede desbordar ese marco”100.

Las resoluciones y el memorando cuestionados por el accionante no impiden la aplicación del principio de oportunidad, simplemente señalan que para su aplicación se deberá tener la autorización del delegado del Fiscal General de la Nación, lo cual constituye un trámite que se lleva a cabo exclusivamente en la propia entidad y por ello es un procedimiento interno cuya reglamentación se encuentra autorizada por el artículo 330 de la Ley 906 de 2004.

En este caso, el cuestionamiento que se está haciendo al indagado no se realiza por vulnerar la ley, sino por desconocer un procedimiento interno de la Fiscalía General de la Nación. Esta imputación es legítima, pues precisamente se hace en un procedimiento interno y basado en una relación especial de sujeción como es un proceso disciplinario.

### 3.2.5. Conclusiones

3.2.5.1. En el proceso se encuentra plenamente demostrado que el accionante incurrió en la falta contemplada en el numeral 1º del artículo 153 de la Ley 270 de 1996, pues es claro que desconoció dolosamente las resoluciones 6657 y 6658 de 2004 y el memorando 009 de 2005 del Fiscal General de la Nación.

3.2.5.2. El accionante fue imputado en el proceso directamente por haber vulnerado tres (3) decisiones que señalan claramente que era necesario solicitar la autorización del delegado del Fiscal General de la Nación cuando el delito tuviera una pena máxima que excediera los

seis (6) años de prisión. Por lo anterior, el yerro en la transcripción del párrafo segundo del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 de la Sentencia de segunda instancia no tiene la magnitud necesaria para que ésta constituya una vía de hecho, pues al disciplinado no se le sancionó por el desconocimiento de esta norma, sino por vulnerar las resoluciones 6657 y 6658 de 2004 y el memorando 009 de 2005 del Fiscal General de la Nación.

3.2.5.3. Las resoluciones 6657 y 6658 de 2004 y el memorando 009 de 2005 constituyen simplemente un ejercicio del poder reglamentario que el artículo 330 de la Ley 906 de 2004 le otorga al Fiscal General de la Nación, según el cual: “El Fiscal General de la Nación deberá expedir un reglamento, en el que se determine de manera general el procedimiento interno de la entidad para asegurar que la aplicación del principio de oportunidad cumpla con sus finalidades y se ajuste a la Constitución y la ley”.

3.2.5.5. En este sentido, el Derecho disciplinario se funda en la existencia de una relación de subordinación entre el funcionario y la Administración en el ámbito de la función pública y se origina en el incumplimiento de un deber del servidor público:

“La acción disciplinaria se produce dentro de la relación de subordinación que existe entre el funcionario y la Administración en el ámbito de la función pública y se origina en el incumplimiento de un deber o de una prohibición, la omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones, la violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, etc., y su finalidad es la de garantizar el buen funcionamiento, moralidad y prestigio del organismo público respectivo. Dichas sanciones son impuestas por la autoridad administrativa competente o por la Procuraduría General de la Nación, ente que tiene a su cargo la vigilancia de la conducta oficial de los servidores estatales.”<sup>102</sup>

Similar postura ha acogido el Consejo Superior de la Judicatura:

“Para la Sala es claro que el Derecho Disciplinario pertenece al ámbito de las relaciones especiales de sujeción, del cual emana el soporte para la construcción de la idea de potestad disciplinaria, entendiéndose como tal “la capacidad sancionadora de la administración frente a sus funcionarios” en orden a exigir obediencia y disciplina, mediante el ejercicio del mando de los servidores públicos, en cuanto a la función pública que éstos desempeñan y respecto de las demás personas que se encuentran ante el Estado en una relación de especial sujeción.”<sup>103</sup>.

3.2.5.6. En este caso, es clara la violación del deber funcional del accionante al haberse opuesto conscientemente a directrices legítimas que el jefe de la entidad en la que labora había trazado frente al principio de oportunidad, desconociendo además lo señalado en el artículo 142 de la Ley 906 de 2004 según el cual “Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, constituyen deberes esenciales de la Fiscalía General de la Nación los siguientes: 1. Proceder con objetividad, respetando las directrices del Fiscal General de la Nación”.

Esta norma fue declarada constitucional en la Sentencia C-1260 de 2005, en la cual se expresó que el Fiscal General puede realizar orientaciones generales sobre el funcionamiento de la Fiscalía, siempre y cuando no se invoquen dichas facultades para incidir sobre la investigación o apreciación de casos concretos por parte de los fiscales que tienen a su cargo la instrucción, ni sobre la forma en que se debe interpretar y aplicar la ley penal frente a situaciones particulares que ya son de competencia de dichos fiscales:

“Lo anterior no obsta para que, en ejercicio de sus poderes generales de dirección y orientación de las actividades de investigación penal, el Fiscal General de la Nación trace políticas generales aplicables a las distintas actividades desarrolladas por los funcionarios de la Fiscalía; tales políticas pueden estar referidas a aspectos fácticos o técnicos del proceso de investigación, así como a asuntos jurídicos generales de índole interpretativa, y pueden fijar prioridades, parámetros o criterios institucionales para el ejercicio de la actividad investigativa, así como designar unidades especiales para ciertos temas. Esto implica que el Fiscal General sí puede orientar en términos generales el funcionamiento de la Fiscalía en tanto institución unitaria, así como llevar a cabo actividades de seguimiento y evaluación sobre el desempeño general de la entidad; pero todo ello debe realizarse en general, sin que se invoquen dichas facultades de orientación y definición de políticas para incidir sobre la investigación o apreciación de casos concretos por parte de los fiscales que tienen a su cargo la instrucción, ni sobre la forma en que se debe interpretar y aplicar la ley penal frente a situaciones particulares que ya son de competencia de dichos fiscales. Los lineamientos, pautas y políticas que trace el Fiscal General de la Nación deben ser, así, de carácter general, como también lo deben ser aquellos parámetros o criterios adoptados por los Directores Nacional o Seccionales de Fiscalías en cumplimiento de sus funciones, para respetar los mandatos constitucionales de independencia, imparcialidad y autonomía en la administración de justicia. En el nuevo sistema, el principio de jerarquía adquiere unas connotaciones

especiales, distintas a las que tenía bajo el esquema original de 1991, que no entra la Corte a precisar en esta oportunidad”.

3.2.5.7. En este caso, las normas contempladas en las resoluciones incumplidas por el accionante son generales e internas y han sido aplicadas por más de siete (7) años en la Fiscalía General de la Nación, sin que las mismas vulneren la autonomía de los fiscales, pues no se refieren a casos concretos y simplemente desarrollan lo dispuesto en el artículo 330 de la Ley 906 de 2004. Por ello, el desconocimiento de estas normas vulneró claramente el deber funcional del accionante y las resoluciones a través de las cuales se le impuso una sanción disciplinaria y se confirmó esta decisión no resultan de ningún modo arbitrarias ni vulneraron sus derechos fundamentales.

3.2.5.8. Por lo anterior, no se observa que las providencias cuestionadas hayan vulnerado los derechos fundamentales del accionante.

## 1. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

### RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 13 de abril de 2012 por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en la que se denegó la acción de tutela de la referencia.

SEGUNDO.- Por Secretaria General, líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

ALEXEI EGOR JULIO ESTRADA

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Ausente con permiso

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Resolución de apertura de investigación, proferida el 1º de junio de 2009, pág. 1.

2 Artículo 1º de la resolución 6657 de 2004.

3 Fallo proferido el 29 de julio de 2011 por el Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia, págs. 65 y 66

4 Acción de tutela presentada por el señor Rey Alfonso López Leguizamón, pág. 4.

5 Acción de tutela presentada por el señor Rey Alfonso López Leguizamón, pág. 6.

6 Sentencia de la Corte Constitucional C-590 de 2005. MP. Jaime Córdoba Triviño.

7 Sentencias de la Corte Constitucional T-191 de 1999. MP. Fabio Morón Díaz; T-1223 de 2001. MP. Álvaro Tafur Galvis; T-907 de 2006. MP. Rodrigo Escobar Gil y T-092 de 2008. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

8 Sentencia de la Corte Constitucional T-024 de 2010. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

9 Sentencia de la Corte Constitucional T-504 de 2000. MP. Antonio Barrera Carbonell.

10 Sentencia de la Corte Constitucional T-315 de 2005. MP. Jaime Córdoba Triviño.

- 11 Sentencia de la Corte Constitucional T-008 de 1998. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- 12 Sentencia de la Corte Constitucional T-658 de 1998. MP. Carlos Gaviria Díaz.
- 13 Sentencias de la Corte Constitucional: T-088 de 1999. MP. José Gregorio Hernández y SU-1219 de 2001. MP. Manuel José Cepeda.”
- 14 Sentencia de la Corte Constitucional C-590 de 2005. MP. Jaime Córdoba Triviño.
- 15 Sentencia de la Corte Constitucional T-327 de 1994. MP. Vladimiro Naranjo Mesa.
- 16 Sentencia de la Corte Constitucional T-522 de 2001. MP. Manuel José Cepeda.
- 17 Sentencias de la Corte Constitucional: T-1625 de 2000. MP (E). Martha Victoria Sáchica Méndez; T-1031 de 2001. MP. Eduardo Montealegre Lynett; SU-1184 de 2001. MP. Eduardo Montealegre Lynett, y T-462 de 2003. MP. Eduardo Montealegre Lynett.
- 19 Sentencia de la Corte Constitucional T-778 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-156 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; y T-268 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.
- 20 Sentencia de la Corte Constitucional T-1143 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-794 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-1143 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-169 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- 21 Sentencias de la Corte Constitucional T-114 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-284 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-018 de 2008, M.P. Jaime Córdoba Treviño; T-927 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva;. En similar sentido, sentencias de la Corte Constitucional T-405 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-757 de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-360 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao.
- 22 Sentencia de la Corte Constitucional T-284 de 2006. M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-268 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.
- 23 Sentencias de la Corte Constitucional T-360 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao y T-638 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

24 El defecto sustantivo, como causal genérica de procedencia de la acción de tutela ha sido ampliamente estudiado por la Corte. Para una exposición completa del tema, ver los fallos C-590 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-462 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, T-018 de 2008. M.P. Jaime Córdoba Triviño y T-757 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-773 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

25 Sentencias de la Corte Constitucional T-079 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-231 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-573 de 1997. M.P. Jorge Arango Mejía, T-567 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-001 de 1999. M.P. José Gregorio Hernández Galindo, T-814 de 1999, M.P. Antonio Barrera Carbonell. T-377 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-1009 de 2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz, T-842 de 2001 M.P. Álvaro Tafur Galvis, T-522 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-852 de 2002, SU-159 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-462 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett., T-205 de 2004 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, , T-701 de 2004 M.P. Rodrigo Uprimny Yepes, T-807 de 2004 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-1244 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-453 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-056 de 2005 M.P. Jaime Araújo Rentería, T-189 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-800 de 2006 M.P. Jaime Araujo Rentería, T-061 de 2007 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-061 de 2007 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto , T-018 de 2008 M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-051 de 2009 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-060 de 2009 M.P. Mauricio González Cuervo, T-066 de 2009 M.P. Jaime Araújo Rentería.

26 Sentencia de la Corte Constitucional T-364 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo; T-257 de 2010, M.P. Mauricio González Cuervo; T-267 de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo

27 Sentencia T-189 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa en esta oportunidad concluyó la Corte que “En efecto, en su fallo el Tribunal omitió aplicar la norma que se ajustaba al caso y, en su lugar, empleó otra que no era pertinente.”

28 Sentencia de la Corte Constitucional T-205 de 2004 M.P. Clara Inés Vargas Hernández Aquí la Corte concluyó la existencia de un defecto sustantivo “por cuanto el juez se basó en una norma legal que había perdido su vigencia”.

29 Sentencia de la Corte Constitucional T-800 de 2006 M.P. Jaime Araujo Rentería. En esa oportunidad dijo la Corte “Todo lo anterior lleva a concluir a la Corte Constitucional que la

Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en su sentencia del 18 de noviembre de 2004, confirmada en el auto por medio del cual resolvió el recurso del reposición el 11 de mayo de 2005, aplicó, en la sanción que impuso a los demandantes, una norma que no existía, consistente en un impedimento por haber cumplido con el deber propio de los jueces. Es decir, que verdaderamente crearon una norma, pues dictar providencia dentro de un proceso no puede constituir, como se vio, causal de prejuzgamiento. Por ello incurrieron en un defecto sustantivo constitutivo de vía de hecho, violatoria del derecho fundamental al debido proceso de los actores”.

30 Sentencia de la Corte Constitucional T-522 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. En esta providencia se dijo que “incurrir en una vía de hecho por razones sustanciales el funcionario judicial que tome una decisión con base en una disposición: (1) cuyo contenido normativo es evidentemente contrario a la Constitución, porque la Corte Constitucional previamente así lo declaró con efectos erga omnes, (2) cuyo sentido y aplicación claramente compromete derechos fundamentales, y (3) cuya incompatibilidad ha sido alegada por el interesado, invocando el respeto a una sentencia de constitucionalidad de la Corte Constitucional que excluyó del ordenamiento jurídico el sentido normativo único e ínsito en la norma legal aplicada en el curso del proceso y de la cual depende la decisión”.

31 Sentencia de la Corte Constitucional SU-159 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-364 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo; T-257 de 2010, M.P. Mauricio González Cuervo; T-267 de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo

32 Sentencia de la Corte Constitucional T-051 de 2009, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Ver sentencias T-1101 de 2005 M.P. Rodrigo Escobar Gil dijo la Corte: “Sobre el tema relacionado con las vías de hecho ocasionadas por interpretaciones judiciales contrarias a la Constitución y la procedencia de la tutela para conjurarlas, la Corte tuvo oportunidad de precisar que debe aparecer probado que la aplicación de la norma se hizo (i) contraviniendo o haciendo caso omiso de los postulados, principios y valores constitucionales, (ii) imponiendo criterios irracionales o desproporcionados, (iii) sin respetar el principio de igualdad, y (iv) en desmedro de los derechos sustantivos en litigio” y T-1222 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño. Dijo la Corte en esta ocasión: “para que una interpretación judicial se considere constitutiva de vía de hecho, es indispensable que la misma defienda una lectura de las normas realmente contraria a su sentido lógico, manifiestamente opuesta a los

principios de derecho y salida del cauce de la juridicidad”.

33 Sentencia de la Corte Constitucional T-462 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Ver además Sentencia T-001 de 1999 M.P. José Gregorio Hernández Galindo “Diferente es el caso de la ostensible aplicación indebida de una norma, en cuya virtud se pretende lograr que los hechos quepan en ella, aun contra toda evidencia. Allí puede darse la vía de hecho, como lo ha admitido esta Corte, si por haberse forzado arbitrariamente el ordenamiento jurídico se han quebrantado o se amenazan derechos constitucionales fundamentales (Cfr., por ejemplo, la Sentencia T-765 del 9 de diciembre de 1998)”.

34 Sentencia de la Corte Constitucional T-066 de 2009 M.P. Jaime Araújo Rentería. “En esta hipótesis no se está ante un problema de interpretación normativa, sino ante una decisión carente de fundamento jurídico, dictada según el capricho del operador jurídico, desconociendo la ley, y trascendiendo al nivel constitucional en tanto compromete los derechos fundamentales de la parte afectada con tal decisión”. Ver además Sentencia T-079 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

35 Sentencia de la Corte Constitucional T-814 de 1999, MP: Antonio Barrera Carbonell. Dijo la Corte en esta oportunidad que “Considera la Sala que las razones que se aducen en las providencias cuestionadas contradicen de manera ostensible tanto la cosa juzgada, como la doctrina constitucional contenida en la sentencia C-157/98, pues la Corte al declarar inexecutable el inciso segundo del art. 2 de la ley 393/97, según el cual la interpretación por el juez del no cumplimiento de la norma por la autoridad debía ser restrictiva y aparecer evidente el incumplimiento consideró, por el contrario, que éste debía ser deducido razonablemente por el juez con base en el análisis de la norma y de las pruebas incorporadas al proceso. // Igualmente, dichas Corporaciones desconocieron el valor de la doctrina constitucional de la Corte en cuanto al sentido y alcance interpretativo de la referida norma constitucional. // Es mas, con dicha conducta el Tribunal y el Consejo contrariando la decisión del intérprete autorizado de la Constitución introdujeron al texto del art. 87 una regla que no fue diseñada por el Constituyente, restringiendo de este modo la posibilidad que tienen las personas de acceder a la justicia a través de la acción de cumplimiento”. En la Sentencia T-842 de 2001 M.P. Álvaro Tafur Galvis puntualizó la Corte que “constituye vía de hecho apartarse de la cosa juzgada constitucional”. En la Sentencia T-462 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett, la Corte explicó que “una providencia judicial adolece de un defecto

sustantivo (i) cuando la norma aplicable al caso es claramente inadvertida o no tenida en cuenta por el fallador, (ii) cuando a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes (irrazonable o desproporcionada), y finalmente (iii) cuando el fallador desconoce las Sentencias con efectos erga omnes tanto de la jurisdicción constitucional como de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuyos precedentes se ubican en el mismo rango de la norma sobre la que pesa la cosa juzgada respectiva”.

Igualmente esta Corporación, mediante la sentencia T-1244 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa manifestó que la autoridad judicial (juez laboral) había incurrido en una causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales por defecto sustantivo, al negar la indexación de la primera mesada pensional, al argumentar que la norma aplicable no lo permitía, a pesar de que la interpretación que había hecho la Corte Constitucional en varias sentencias de constitucionalidad señalaban el sentido de la norma y la obligación de indexar. Dijo la Corte que a partir de la sentencia SU-120 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Galvis, la Corte Constitucional ha sostenido que, “en principio, la primera mesada pensional debe ser indexada”. Esta posición ha sido reafirmada a través de las sentencias T-663 de 2003 M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-1169 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-805 de 2004 M.P. Clara Inés Vargas Hernández y T-815 de 2004 M.P. Rodrigo Uprimny Yepes. Añadió que la misma tesis se defendió en la Sentencia C-601 de 2000 M.P. Fabio Morón Díaz.

Indicó además que “En el proceso que se analiza, el actor solicitó que se condenara al Banco a indexar su primera mesada pensional y al pago de los intereses moratorios sobre las mesadas causadas a partir del 31 de julio de 1998. El Tribunal decidió concederle el pago de los intereses moratorios, pero se negó a ordenar la indexación de la pensión, por cuanto ello constituiría una doble sanción”. A partir de allí y con base en la reiterada jurisprudencia concluyó la Corte que la posición del Tribunal constituía una vía de hecho por defecto sustantivo, dado que “la indexación y los intereses moratorios tienen un objetivo distinto. Mientras los últimos se imponen para sancionar al deudor que ha incumplido con el pago de sus obligaciones, la indexación persigue actualizar el valor del dinero, pretensión plenamente justificada en una economía que sufre los efectos de la inflación” (...) Así, pues, no le asiste

razón al Juzgado cuando afirma que las órdenes de indexar el pago de la primera pensión y de pagar interese de mora constituyen una doble sanción por el mismo motivo. Evidentemente, las dos órdenes tienen un referente común, cual es el de que el pago atrasado de las mesadas le significa al pensionado una pérdida en el valor adquisitivo de su ingreso, pero mientras que la indexación persigue ponerle remedio a esta situación actualizando el valor del dinero, los intereses de mora tienen por fin lograr que el causante del hecho indemnice al afectado por los daños inferidos.”.

Ver también, sentencias T-462 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett “14. El defecto sustantivo como una circunstancia que determina cierta carencia de juridicidad de las providencias judiciales, aparece, como ya se mencionó, cuando la autoridad judicial respectiva desconoce las normas de rango legal o infralegal aplicables en un caso determinado, ya sea por su absoluta inadvertencia, por su aplicación indebida, por error grave en su interpretación o por el desconocimiento del alcance de las sentencias judiciales con efectos erga omnes cuyos precedentes se ubican en el mismo rango de la norma sobre la que pesa la cosa juzgada. // En otras palabras, una providencia judicial adolece de un defecto sustantivo (i) cuando la norma aplicable al caso es claramente inadvertida o no tenida en cuenta por el fallador, (ii) cuando a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes (irrazonable o desproporcionada), y finalmente (iii) cuando el fallador desconoce las sentencias con efectos erga omnes tanto de la jurisdicción constitucional como de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuyos precedentes se ubican en el mismo rango de la norma sobre la que pesa la cosa juzgada respectiva. (...) En este sentido, concluye la Corte, la Sala Civil – Familia – Laboral del Tribunal de Sincelejo al haber aplicado la normatividad vigente en la materia según su propio entendido de los hechos del caso, y además, al haber respetado la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Casación Laboral que resultaba aplicable, ajustó su conducta tanto a la Constitución como a la ley, lo que lleva a afirmar que no se configuró defecto sustantivo alguno que permitiese la procedibilidad de la acción de tutela en el caso concreto”. T-1060 de 2009 M.P. Mauricio González Cuervo. Ver también: T-364 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo; T-257 de 2010, M.P. Mauricio González Cuervo; T-267 de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo.

36 Sentencia de la Corte Constitucional T-018 de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

37 Sentencia de la Corte Constitucional T-086 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-364 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo; T-257 de 2010, M.P. Mauricio González Cuervo; T-267 de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo.

38 Sentencia de la Corte Constitucional T-231 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Dijo la Corte: “La vía de hecho predicable de una determinada acción u omisión de un juez, no obstante poder ser impugnada como nulidad absoluta, es una suerte de vicio más radical aún en cuanto que el titular del órgano se desliga por entero del imperio de la ley. Si la jurisdicción y la consiguiente atribución de poder a los diferentes jueces, se hace con miras a la aplicación del derecho a las situaciones concretas y a través de los cauces que la ley determina, una modalidad de ejercicio de esta potestad que discurra ostensiblemente al margen de la ley, de los hechos que resulten probados o con abierta preterición de los trámites y procedimientos establecidos, no podrá imputarse al órgano ni sus resultados tomarse como vinculantes, habida cuenta de la “malversación” de la competencia y de la manifiesta actuación ultra o extra vires de su titular. // Si este comportamiento – abultadamente deformado respecto del postulado en la norma – se traduce en la utilización de un poder concedido al juez por el ordenamiento para un fin no previsto en la disposición (defecto sustantivo)...”. Ver también: T-364 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo; T-267 de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo; T-257 de 2010, M.P. Mauricio González Cuervo.

40 Sentencia T-056 de 2005 M.P. Jaime Araújo Rentería. Aquí la Corte encontró que “el mismo despacho judicial provocó un defecto sustantivo en el mismo auto al desconocer abiertamente el artículo 319 del Código de Procedimiento Civil”. Ver además T-066 de 2009 M.P. Jaime Araújo Rentería; T-364 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo; T-257 de 2010, M.P. Mauricio González Cuervo; T-267 de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo;.

41 Sentencias de la Corte Constitucional T-114 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett y T-1285 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

42 Sentencia de la Corte Constitucional T-086 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-364 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo; T-257 de 2010, M.P. Mauricio González Cuervo; T-267 de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo.

43 Sentencias de la Corte Constitucional T-292 de 2006, SU-640 de 1998 y T-462 de 2003.

44 Sentencia de la Corte Constitucional T-1285 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Además, en la sentencia T-193 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz, esta Corporación señaló: “Es razonable exigir, en aras del principio de igualdad en la aplicación de la ley, que los jueces y funcionarios que consideren autónomamente que deben apartarse de la línea jurisprudencial trazada por las altas cortes, que lo hagan, pero siempre que justifiquen de manera suficiente y adecuada su decisión, pues, de lo contrario, estarían infringiendo el principio de igualdad (CP art.13). A través de los recursos que se contemplan en cada jurisdicción, normalmente puede ventilarse este evento de infracción a la Constitución”. Sobre este tema, también puede consultarse la sentencia T-949 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

45 Sobre el tema pueden consultarse además, las sentencias SU-1184 de 2001; T-1625 de 2000; T-522 de 2001; T-047 de 2005. En la sentencia T-522 de 2001, la Corte señaló que: “es evidente que se desconocería y contravendría abiertamente la Carta Política si se aplica una disposición cuyo contenido normativo es precisamente, y solamente, impedir que se otorguen medidas de aseguramiento a los sindicatos porque los procesos se adelantan ante jueces especializados”, razón por la cual el juez, al constatar su existencia, tendría que haber aplicado la excepción de inconstitucionalidad. Ver también: Sentencia T-086 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-364 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo; T-267 de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo; T-257 de 2010, M.P. Mauricio González Cuervo.

46 Sentencias de la Corte Constitucional T-411 de 2002. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-359 de 2003. MP. Jaime Araújo Rentería.

47 Sentencia de la Corte Constitucional C-738 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

48 Sentencias de la Corte Constitucional C-979 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño y C-1154 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

49 Acta de presentación. Gaceta del Congreso No.134 de abril 26 de 2002, páginas 12,13 y 14. Sentencia de la Corte Constitucional C-979 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

50 Gaceta del Congreso núm. 148 del 7 de mayo de 2002; Gaceta del Congreso núm. 157 del

10 de mayo de 2002; Gaceta del Congreso núm. 232 del 14 de junio de 2002; Gaceta del Congreso núm. 401 del 27 de septiembre de 2002; Gaceta del Congreso núm. 432 de 2002; Gaceta del Congreso 531 del 21 de noviembre de 2002 y Gaceta del Congreso núm. 110 del 11 de marzo de 2003.

51 Sentencia de la Corte Constitucional C-673 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández

52 Teresa Armenta Deu, Lecciones de derecho procesal penal, Madrid, 2004; Faustino Cordón Moreno, Las garantías constitucionales del proceso penal, Navarra, 2002; Julio Maier, Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, 2003. Sentencia de la Corte Constitucional C-673 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

53 Gaceta del Congreso núm. 148 del 7 de mayo de 2002. Sentencias de la Corte Constitucional C-738 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y C-936 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

54 Sentencia de la Corte Constitucional C-738 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

55 En la doctrina jurídico penal este concepto alude a aquellas situaciones en que el legislador opta por excluir la pena “por falta de necesidad preventiva de punición”.

56 Sentencia de la Corte Constitucional C-936 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

57 Véase Ley procesal Alemana (StPO), artículo 253: “No persecución de asuntos de poca importancia (1) Si proceso tuviera como objeto un delito castigado con pena privativa de la libertad mínima inferior a un año, podrá la Fiscalía prescindir de la persecución, con la aprobación del Tribunal competente para la apertura del procedimiento principal, cuando la culpabilidad del autor fuera considerada ínfima y no existiere interés público en la persecución (...)”

58 Acta de presentación. Gaceta del Congreso No.134 de abril 26 de 2002, páginas 12,13 y 14. Sentencia de la Corte Constitucional C-979 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

59 “Artículo 348. Casos en que procede la abstención. La Fiscalía General de la Nación podrá abstenerse de ejercer la persecución penal:

A. Cuando se presenten las siguientes causales sustanciales:

1. Cuando la antijuridicidad material, en los delitos cuyo injusto sea susceptible de graduación, pierda entidad jurídica dadas las condiciones del titular del bien jurídicamente tutelado, muy a pesar de haberse descartado la insignificancia.

2. Cuando no sea posible reconocer la relevancia excusante de una causal de atipicidad por verificarse un exceso en su ejercicio, pero ante un juicio global de normalidad social de la situación, la misma no amerita una reacción penal.

3. Cuando la creencia de la atipicidad pueda explicarse de manera atendible como una apreciación del imputado en el sentido de haber descartado razonablemente la reacción penal de la comunidad.

4. Cuando los condicionamientos fácticos o síquicos de la conducta permitan considerar el exceso en la justificante como representativo de menor valor jurídico o social por explicarse el mismo en la culpa.

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

6. Cuando la imputación subjetiva proceda por culpa y la imprudencia resulte insignificante, siempre y cuando no se trate de profesiones, oficios o actividades que requieran especial cuidado y atención, y no causen daño social de mayor relevancia.

8. Cuando se presente un error no suficiente para excluir la responsabilidad penal en aquellos delitos cuyos tipos penales sean abiertos o en blanco y el juicio de reproche de culpabilidad tenga como soporte la conciencia actualizable de lo injusto, originada en una situación cuya probabilidad de repetirse resulte despreciable.

9. Cuando se afecten bienes colectivos y se presente una reparación integral, siempre y cuando resulte previsible que la situación que origina el delito no volverá a presentarse.

B. En los eventos procesales en los cuales:

1. El imputado colabore eficazmente para evitar que continúe el delito por el cual está siendo perseguido, o aporte información eficaz para desarticular la organización criminal que lo ha cometido y a la cual pertenece, o para evitar que esta organización cometa otros delitos, o sirva como testigo de cargo contra los demás intervinientes.
2. El imputado colabore eficazmente en el descubrimiento de otro delito de mayor entidad en el cual no intervino, así como de sus autores y partícipes, suministrando los medios cognoscitivos o de información, o sirviendo como testigo de cargo.
3. El imputado haya sufrido en el delito cometido por comportamiento culposo un daño físico o moral tan grave que haga desproporcionada o inhumana la aplicación de la sanción correspondiente.
4. La realización del procedimiento implique riesgo o amenaza graves a la seguridad exterior del Estado.
5. El imputado haya sido entregado en extradición a un gobierno extranjero, a causa del mismo delito, en el cual se haya proferido sentencia condenatoria con efectos de cosa juzgada.
6. El imputado haya sido entregado en extradición a un gobierno extranjero por otro delito, y la sanción a la que pudiera llevar la persecución en Colombia se muestre como de escasa significación frente a la sanción que esté cumpliendo en virtud de sentencia condenatoria proferida en el exterior.

Artículo 349. Casos en que procede la suspensión. La Fiscalía General de la Nación podrá suspender la persecución penal:

A. Cuando se presenten las siguientes causales sustanciales:

1. Cuando a pesar de ser ajeno a la figura delictiva el consentimiento, éste por razón del contexto social y las especiales relaciones entre acusado y víctima, pueda apreciarse como causa de la conducta punible.
2. Cuando el bien jurídico se encuentre en tal alto grado de deterioro respecto de su titular que, la genérica protección brindada por la ley, haga más costosa su persecución penal y

comporte un reducido y aleatorio beneficio.

3. Cuando se trate de delito en cuya comisión hayan intervenido múltiples personas y su judicialización cause más daño que provecho al orden jurídico, a la administración de justicia y a las relaciones sociales involucradas en el conflicto, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas.

4. Cuando la persecución penal de un delito masa comporte problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas.

B. En los eventos procesales en los cuales:

1. La persecución penal dificulte, obstaculice o impida al titular de la acción, orientar sus esfuerzos de investigación hacia hechos de mayor relevancia o trascendencia para el beneficio de la sociedad.

2. La pena que pudiere imponerse al imputado, en el evento de dictarse sentencia condenatoria, no excediere de dos (2) años de prisión, siempre y cuando reconozca su responsabilidad.

3. La sanción que se pueda imponer en caso de sentencia condenatoria se muestre como de escasa significación frente a la sanción que esté cumpliendo en virtud de sentencia que haya hecho tránsito a cosa juzgada.

Artículo 352. Casos en que procede la renuncia. Cuando el fiscal advierta, antes de la formulación de la imputación, la existencia de alguna causal de preclusión, podrá renunciar a la persecución penal mediante la aplicación de este principio”.

60

Artículo 349. Ejercicio del principio de oportunidad. La Fiscalía General de la Nación podrá abstenerse de formalizar los cargos, presentar la acusación o continuar con la persecución penal antes del inicio del juicio oral, según el caso, cuando:

1. De conformidad con el artículo 251, numeral 3 de la Constitución Política, el Fiscal General

de la Nación de la Nación, en el marco de la política criminal ya señalada, determine la ausencia de un interés en el ejercicio de la acción penal, siempre y cuando el delito tenga una pena privativa de la libertad cuyo máximo no exceda de diez (10) años.

2. Se trate de un delito castigado con pena privativa de la libertad mínima inferior a cuatro (4) años y decaiga el interés del Estado en la persecución, siempre y cuando se repare integralmente a las víctimas.

3. Se trate de un delito castigado con pena privativa de la libertad mínima inferior a dos (2) años y decaiga el interés del Estado en la persecución.

4. La sanción que se pueda imponer en el caso de sentencia condenatoria, no tuviera importancia notable al lado de la sanción impuesta con efectos de cosa juzgada contra el imputado a causa de otra conducta punible.

6. El indiciado fuera entregado a la Corte Penal Internacional.

7. El indiciado fuera entregado en extradición, a causa de otra conducta punible, a un gobierno extranjero y la sanción a la que pudiera llevar la persecución en Colombia carezca de importancia al lado de la sanción que le hubiera sido impuesta con efectos de cosa juzgada contra él en el extranjero.

8. El imputado o acusado colabore eficazmente para evitar que continúe el delito o se realicen otros, o aporte información esencial para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada.

9. El imputado o acusado sirva como testigo principal de cargo contra los demás intervinientes y su declaración en la causa contra ellos se haga bajo inmunidad.

10. El imputado o acusado haya sufrido, a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción punitiva.

11. En los casos en que se haya perfeccionado una conciliación preprocesal como desarrollo de la justicia restaurativa.

12. En los casos en que proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa y como consecuencia de éste se cumpla con las condiciones impuestas”.

61 “Artículo 349. Aplicación del principio de oportunidad. El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de delito sancionado con pena privativa de la libertad que no exceda en su máximo de seis (6) años y se haya reparado integralmente a la víctima, de conocerse ésta, y además, pueda determinarse de manera objetiva la ausencia o decadencia del interés del Estado en el ejercicio de la correspondiente acción penal.

2. Cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de la misma conducta punible.

3. Cuando la persona fuere entregada a la Corte Penal Internacional a causa de la misma conducta punible. Tratándose de otra conducta sólo procede la suspensión o la interrupción de la persecución penal.

4. Cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de otra conducta punible y la sanción a la que pudiera llevar la persecución en Colombia carezca de importancia al lado de la sanción que le hubiera sido impuesta con efectos de cosa juzgada contra él en el extranjero.

5. Cuando el imputado o acusado colabore eficazmente para evitar que continúe el delito o se realicen otros, o aporte información esencial para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada.

6. Cuando el imputado o acusado sirva como testigo principal de cargo contra los demás intervinientes, y su declaración en la causa contra ellos se haga bajo inmunidad total o parcial.

7. Cuando el imputado o acusado haya sufrido, a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción punitiva.

8. Cuando se haya perfeccionado una conciliación preprocesal como desarrollo de la justicia

restaurativa.

9. Cuando proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa y como consecuencia de este se cumpla con las condiciones impuestas.

10. Cuando la realización del procedimiento implique riesgo o amenaza graves a la seguridad exterior del Estado.

11. 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.

12. Cuando en delitos contra el patrimonio económico, el objeto material se encuentre en tan alto grado de deterioro respecto de su titular, que la genérica protección brindada por la ley haga más costosa su persecución penal y comporte un reducido y aleatorio beneficio.

13. Cuando la imputación subjetiva sea culposa y los factores que la determina califiquen la conducta como de mermada significación jurídica y social.

14. Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social.

15. Cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando se de la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse.

16. Cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas.

17. Cuando la persecución penal del delito cometido por el imputado, como autor o partícipe, dificulte, obstaculice o impida al titular de la acción orientar sus esfuerzos de investigación hacia hechos delictivos de mayor relevancia o trascendencia para la sociedad, cometidos por él mismo o por otras personas.

18. Cuando los condicionamientos fácticos o síquicos de la conducta permitan considerar el

exceso en la justificante como representativo de menor valor jurídico o social por explicarse el mismo en la culpa.

Parágrafo. En los casos previstos en los numerales 18 y 19, no podrá aplicarse el principio de oportunidad a los jefes, organizadores o promotores, o a quienes hayan suministrado elementos para su realización”.

62 “Artículo 340. Causales. El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de delito sancionado con pena privativa de la libertad que no exceda en su máximo de seis (6) años y se haya reparado integralmente a la víctima, de conocerse esta, y además, pueda determinarse de manera objetiva la ausencia o decadencia del interés del Estado en el ejercicio de la correspondiente acción penal.
2. Cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de la misma conducta punible.
3. Cuando la persona fuere entregada a la Corte Penal Internacional a causa de otra conducta punible. Tratándose de otra conducta punible solo procede la suspensión o la interrupción de la persecución penal.
4. Cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de otra conducta punible y la sanción a la que pudiera llevar la persecución en Colombia carezca de importancia al lado de la sanción que le hubiera sido impuesta con efectos de cosa juzgada contra él en el extranjero.
5. Cuando el imputado colabore eficazmente para evitar que continúe el delito o se realicen otros, o aporte información esencial para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada.
6. Cuando el imputado sirva como testigo principal de cargo contra los demás intervinientes, y su declaración en la causa contra ellos se haga bajo inmunidad total o parcial. En este caso el principio de oportunidad será revocado si la persona beneficiada con el mismo incumple con la obligación que motivó su aplicación.
7. Cuando el imputado haya sufrido, a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique

desconocimiento del principio de humanización de la sanción punitiva.

8. Cuando proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa y como consecuencia de este se cumpla con las condiciones impuestas.

9. Cuando la realización del procedimiento implique riesgo o amenaza graves a la seguridad exterior del Estado.

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.

11. Cuando en delitos contra el patrimonio económico, el objeto material se encuentre en tan alto grado de deterioro respecto de su titular, que la genérica protección brindada por la ley haga más costosa su persecución penal y comporte un reducido y aleatorio beneficio.

12. Cuando la imputación subjetiva sea culposa y los factores que la determinan califiquen la conducta como de mermada significación jurídica y social.

13. Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social.

14. Cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse.

15. Cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas.

16. Cuando la persecución penal del delito cometido por el imputado, como autor o partícipe, dificulte, obstaculice o impida al titular de la acción orientar sus esfuerzos de investigación hacia hechos delictivos de mayor relevancia o trascendencia para la sociedad, cometidos por él mismo o por otras personas.

17. Cuando los condicionamientos fácticos o síquicos de la conducta permitan considerar el

exceso en la justificante como representativo de menor valor jurídico o social por explicarse el mismo en la culpa.

Parágrafo. En los casos previstos en los numerales 15 y 16, no podrá aplicarse el principio de oportunidad a los jefes, organizadores o promotores, o a quienes hayan suministrado elementos para su realización.

Parágrafo. La aplicación del principio de oportunidad respecto de delitos sancionados con penas privativas de la libertad que excedan seis (6) años serán proferidos por el Fiscal General de la Nación o el dejado (sic) especial que designe para tal efecto.

El Ministerio Público participará en los términos que establezca la ley”.

63 “Artículo 340. Causales. El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de delito sancionado con pena privativa de la libertad que no exceda en su máximo de seis (6) años y se haya reparado integralmente a la víctima, de conocerse esta, y además, pueda determinarse de manera objetiva la ausencia o decadencia del interés del Estado en el ejercicio de la correspondiente acción penal.
2. Cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de la misma conducta punible.
3. Cuando la persona fuere entregada a la Corte Penal Internacional a causa de otra conducta punible. Tratándose de otra conducta punible solo procede la suspensión o la interrupción de la persecución penal.
5. Cuando el imputado colabore eficazmente para evitar que continúe el delito o se realicen otros, o aporte información esencial para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada.
6. Cuando el imputado sirva como testigo principal de cargo contra los demás intervinientes, y su declaración en la causa contra ellos se haga bajo inmunidad total o parcial. En este caso el principio de oportunidad será revocado si la persona beneficiada con el mismo incumple con la obligación que motivó su aplicación.
7. Cuando el imputado haya sufrido, a consecuencia de la conducta culposa daño físico o

moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción punitiva.

8. Cuando proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa y como consecuencia de este se cumpla con las condiciones impuestas.

9. Cuando la realización del procedimiento implique riesgo o amenaza graves a la seguridad exterior del Estado.

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.

11. Cuando en delitos contra el patrimonio económico, el objeto material se encuentre en tan alto grado de deterioro respecto de su titular, que la genérica protección brindada por la ley haga más costosa su persecución penal y comporte un reducido y aleatorio beneficio.

12. Cuando la imputación subjetiva sea culposa y los factores que la determinan califiquen la conducta como de mermada significación jurídica y social.

13. Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social.

14. Cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse.

15. Cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas.

16. Cuando la persecución penal del delito cometido por el imputado, como autor o partícipe, dificulte, obstaculice o impida al titular de la acción orientar sus esfuerzos de investigación hacia hechos delictivos de mayor relevancia o trascendencia para la sociedad, cometidos por él mismo o por otras personas.

17. Cuando los condicionamientos fácticos o síquicos de la conducta permitan considerar el exceso en la justificante como representativo de menor valor jurídico o social por explicarse el mismo en la culpa.

Parágrafo 1º. En los casos previstos en los numerales 15 y 16, no podrá aplicarse el principio de oportunidad a los jefes, organizadores o promotores, o a quienes hayan suministrado elementos para su realización.

Parágrafo 2º. La aplicación del principio de oportunidad respecto de delitos sancionados con pena privativa de la libertad que excedan seis (6) años será proferida por el Fiscal General de la Nación o el delegado especial que designe para tal efecto.

El Ministerio Público participará en los términos que establezca la ley.

Parágrafo 3º. En ningún caso el fiscal podrá hacer uso del principio de oportunidad cuando se trate de hechos que puedan significar violaciones graves al derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad o genocidio de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de Roma y delitos de narcotráfico y terrorismo”.

64 “Artículo 324. Causales. El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de delito sancionado con pena privativa de la libertad que no exceda en su máximo de seis (6) años y se haya reparado integralmente a la víctima, de conocerse esta, y además, pueda determinarse de manera objetiva la ausencia o decadencia del interés del Estado en el ejercicio de la correspondiente acción penal.
2. Cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de la misma conducta punible.
3. Cuando la persona fuere entregada a la Corte Penal Internacional a causa de la misma conducta punible. Tratándose de otra conducta punible solo procede la suspensión o la interrupción de la persecución penal.
4. Cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de otra conducta punible y la sanción a la que pudiera llevar la persecución en Colombia carezca de importancia al lado de la sanción que le hubiera sido impuesta con efectos de cosa juzgada contra él en el extranjero.

5. Cuando el imputado colabore eficazmente para evitar que continúe el delito o se realicen otros, o aporte información esencial para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada.

6. Cuando el imputado sirva como testigo principal de cargo contra los demás intervinientes, y su declaración en la causa contra ellos se haga bajo inmunidad total o parcial. En este caso los efectos de la aplicación del principio de oportunidad serán revocados si la persona beneficiada con el mismo incumple con la obligación que la motivó.

7. Cuando el imputado haya sufrido, a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción punitiva.

8. Cuando proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa y como consecuencia de este se cumpla con las condiciones impuestas.

9. Cuando la realización del procedimiento implique riesgo o amenaza graves a la seguridad exterior del Estado.

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.

11. Cuando en delitos contra el patrimonio económico, el objeto material se encuentre en tan alto grado de deterioro respecto de su titular, que la genérica protección brindada por la ley haga más costosa su persecución penal y comporte un reducido y aleatorio beneficio.

12. Cuando la imputación subjetiva sea culposa y los factores que la determina califiquen la conducta como de mermada significación jurídica y social.

13. Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social.

15. Cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa adecuada a los

intereses de las víctimas.

16. Cuando la persecución penal del delito cometido por el imputado, como autor o partícipe, dificulte, obstaculice o impida al titular de la acción orientar sus esfuerzos de investigación hacia hechos delictivos de mayor relevancia o trascendencia para la sociedad, cometidos por él mismo o por otras personas.

17. Cuando los condicionamientos fácticos o síquicos de la conducta permitan considerar el exceso en la justificante como representativo de menor valor jurídico o social por explicarse el mismo en la culpa.

Parágrafo 1º. En los casos previstos en los numerales 15 y 16, no podrá aplicarse el principio de oportunidad a los jefes, organizadores o promotores, o a quienes hayan suministrado elementos para su realización.

Parágrafo 2º. La aplicación del principio de oportunidad respecto de delitos sancionados con pena privativa de la libertad que excedan seis (6) años será proferida por el Fiscal General de la Nación o el delegado especial que designe para tal efecto.

Parágrafo 3º. En ningún caso el fiscal podrá hacer uso del principio de oportunidad cuando se trate de hechos que puedan significar violaciones graves al derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad o genocidio de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de roma, y delitos de narcotráfico y terrorismo”.

65 Gaceta del Congreso N. 134 de 2002

66 Sentencia de la Corte Constitucional C-673 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Sentencia de la Corte Constitucional C-095 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Las características del principio de oportunidad se encuentran analizadas, de manera especial en las sentencias C-673 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández, C-591 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández, C-979 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño y C-095 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

67 Sentencia de la Corte Constitucional C-936 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; C-673 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-979 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Treviño; C-988 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-095 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra;

C-209 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa;

68 Ley 906 de 2004, art. 321.

69 Ley 906 de 2004, art. 322.

70 Ley 906 de 2004, art. 323.

71 Sentencia de la Corte Constitucional C-673 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández

72 Winfred Hassemer, “La persecución penal: legalidad y oportunidad”, Revista Ciencias Penales, San José, 1995.

73 Daniel González Álvarez, “El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal”, Revista Ciencias Penales, San José, 1997. Sentencia de la Corte Constitucional C-673 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández

74 Sentencia de la Corte Constitucional C-936 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

75 Sentencia de la Corte Constitucional C-936 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

76 Sentencia de la Corte Constitucional C-095 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

77 Sentencia de la Corte Constitucional C-673 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. SVP: Rodrigo Escobar Gil; SV: Humberto Sierra Porto.

78 Sentencia de la Corte Constitucional C-673 de 2005 MP: Clara Inés Vargas Hernández. SVP: Rodrigo Escobar Gil; SV: Humberto Sierra Porto; C-1154 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

79 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.

80 Sentencia de la Corte Constitucional C-988 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-209 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. En Similar sentido Sentencia de la Corte Constitucional C-979 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

81 Sentencia de la Corte Constitucional C-936 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

82 Sentencia de la Corte Constitucional C-673 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández

83 Sentencia de la Corte Constitucional C-591 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández

84 Sentencia de la Corte Constitucional C-979 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño

85 Sentencia de la Corte Constitucional C-979 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño

86 Sentencia de la Corte Constitucional C-979 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño

87 Sentencia de la Corte Constitucional C-979 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño

88 Sentencia de la Corte Constitucional T-504 de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

89 Sentencia de la Corte Constitucional T-315 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

90 Sentencia de la Corte Constitucional T-008 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

91 Sentencia de la Corte Constitucional T-658 de 1998. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

92 Resolución de apertura de investigación, proferida el 1º de junio de 2009, pág. 1.

94 Fallo proferido el 29 de julio de 2011 por el Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia, págs. 65 y 66

95 Fallo proferido el 29 de julio de 2011 por el Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia, págs. 24 y 25.

96 Memorando 009 de 2005 del Fiscal General de la Nación: "Cuando se trate de dar aplicación del Principio de Oportunidad en delitos cuya pena privativa de la libertad exceda en su máximo exceda seis años de prisión, proceda por las causales previstas en los Numerales 2, 3, 4, 5 y 9 del Artículo 324 de la Ley 906 de 2004 y el caso sea de conocimiento de una Unidad Nacional, el fiscal delegado que conozca del mismo diligenciará el "Formato de solicitud de aplicación del Principio de Oportunidad" y lo remitirá a la Secretaría Técnica de la Dirección Nacional de Fiscalías, la que luego de verificar el cumplimiento de los requisitos allí enunciados, lo enviará a la Coordinación de la Unidad Delegada ante la Corte Suprema de Justicia.

3. Asuntos de competencia del Fiscal coordinador de la Unidad Delegada ante el Tribunal de Distrito: En los eventos que corresponda dar aplicación al Principio de Oportunidad en delitos con pena privativa de la libertad que en su máximo exceda seis años de prisión, no se trate de las causales previstas en los Numerales 2, 3, 4, 5 y 9 del Artículo 324 de la Ley 906 de 2004 y el caso no sea de conocimiento de una Unidad Nacional de Fiscalía, el fiscal que conozca del caso diligenciará el "Formato de Solicitud de Aplicación del Principio de Oportunidad" y lo remitirá a la Secretaría Técnica de la Dirección Nacional de Fiscalías, la que luego de verificar el cumplimiento de los requisitos allí enunciados, lo enviará al Coordinador de la respectiva Unidad Delegada ante Tribunal Superior de Distrito Judicial".

97 Fallo proferido el 29 de julio de 2011 por el Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia, págs. 6, 7

98 Fallo proferido el 29 de julio de 2011 por el Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia, págs. 9

99 Fallo proferido el 29 de julio de 2011 por el Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia, págs. 14.

100 Sentencia de la Corte Constitucional C-979 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño

101 Sentencia C-373 de 2002 M.P. Jaime Córdoba Treviño: "El incumplimiento de dicho deber funcional es entonces necesariamente el que orienta la determinación de la antijuricidad de las conductas que se reprochan por la ley disciplinaria. Obviamente no es el desconocimiento formal de dicho deber el que origina la falta disciplinaria, sino que, como

por lo demás lo señala la disposición acusada, es la infracción sustancial de dicho deber, es decir el que se atente contra el buen funcionamiento del Estado y por ende contra sus fines, lo que se encuentra al origen de la antijuricidad de la conducta.

Así ha podido señalar esta Corporación que no es posible tipificar faltas disciplinarias que remitan a conductas que cuestionan la actuación del servidor público haciendo abstracción de los deberes funcionales que le incumben como tampoco es posible consagrar cláusulas de responsabilidad disciplinaria que permitan la imputación de faltas desprovistas del contenido sustancial de toda falta disciplinaria”

102 Sentencia C-244 de 1996, M.P. Gaviria Díaz.

103 Sala Disciplinaria del Consejo Superior la Judicatura, fallo del seis (06) de febrero de 2008, M.P. Rubén Darío Henao Orozco.